

Byggevareområdet i EØS-retten

- harmonisering og grensefelt

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 25.04.2007

Til sammen 17 949 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>OVERBLIKK</u>	<u>1</u>
<u>DEL I – REGULERINGEN AV BYGGEVAREOMRÅDET</u>		<u>7</u>
<u>2</u>	<u>EUS REGULERING</u>	<u>7</u>
2.1	Byggevaredirektivets regulering	7
2.1.1	Byggevaredirektivets 4 virkemidler	11
2.1.2	Produkter som omfattes av flere direktiver	15
2.1.3	Direktivets forhold til alminnelige regler om fri flyt av varer	16
2.1.4	Forholdet til de alminnelige regler om fri flyt av varer når produktet ikke er omfattet av en harmonisert teknisk spesifisering	20
2.1.5	Forholdet til 98/34-prosedyren	23
<u>3</u>	<u>GJENNOMFØRINGEN AV BYGGEVAREDIREKTIVET I NORSK RETT</u>	<u>27</u>
3.1	Teknisk forskrift (TEK)	27
3.2	Lov om tekniske kontrollorgan	31
3.3	Fremstillingen videre	33
<u>DEL II – MULIGE HANDELSHINDRINGER I NORSK LOVGIVNING</u>		<u>34</u>
<u>4</u>	<u>MULIGE HANDELSHINDRINGER I NORSK GJENNOMFØRINGSLOVGIVNING</u>	<u>34</u>
4.1	TEK § 5-18 nr. 2 – krav til opplysninger på norsk i CE-merking	34
4.2	Språkkrav i TEK vedr. samsvarsvurderinger	41
<u>5</u>	<u>MULIGE HANDELSHINDRINGER I NORSK LOVGIVNING SOM IKKE ER HARMONISERT</u>	<u>43</u>

5.1	Den norske stat som byggherre i lys av EØS-avtalens forpliktelser	43
5.2	Kulturminneloven som teknisk handelshindring i forhold til byggevarer	47
<u>DEL III – AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>		<u>53</u>
<u>6</u>	<u>OPTIMALISERING AV BYGGESEKTOREN</u>	<u>53</u>
6.1	Problemer på byggesektoren som ikke skyldes tekniske handelshindringer	53
6.2	En mer effektiv harmonisering?	56
<u>7</u>	<u>KILDELISTE</u>	<u>60</u>

1 Overblikk

Et hovedformål med EØS-avtalen er ”å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske fordeler mellom avtalepartene”, jfr. EØS art. 1. Det er med andre ord et mål om økonomisk vekst blant medlemslandene som er det overordnede målet innad i EØS. Et sentralt element for å nå dette målet er reglene om det frie varebytte som skal optimalisere samhandelen ved å sikre at varer skal kunne flyte fritt mellom medlemslandene. Byggesektoren inngår som et av de viktigste enkeltområdene innenfor varesektoren i EU og dets medlemsland.

Størrelsen og dermed viktigheten av sektoren kan belyses med noen nøkkeltall. I 2003 ble det i byggesektoren investert for nærmere 910 milliarder euro, hvilket innebærer 10% av EU-landenes samlede bruttonasjonalprodukt. Videre var 11,8 millioner borgere i EU-landene på en eller annen måte direkte tilknyttet byggebransjen. Sett i forhold til øvrige bransjer tilsvarer dette 7% av total arbeidskraft innenfor EU, og 28% av total arbeidskraft innenfor industrielle sektorer. Videre blir det antatt at 26 millioner mennesker innenfor EU på en eller annen måte er indirekte tilknyttet byggebransjen. Dette medfører at byggebransjen er den industrielle sektoren innenfor EU som har flest mennesker ansatt. Disse tallene viser størrelsen av byggesektoren sammenholdt med andre sektorer, og man ser hvor viktig denne sektoren er for både EU og medlemsstatene.¹

Byggebransjens store omsetningstall gjenspeiles også i Norge. Her til lands ble det i 2006 omsatt for totalt 229 milliarder NOK innenfor bygge- og anleggsbransjen. Dette utgjorde

¹ Kilde for tall fra EU: http://ec.europa.eu/enterprise/construction/index_en.htm - 13.03.07.

ca. 13,5 % av Norges BNP. Videre var 159 000 norske statsborgere direkte tilknyttet bygge- og anleggsbransjen i 2006 (ca. 7% av total arbeidskraft i Norge).²

Ettersom byggebransjen er av en *omfattende dimensjon*, er det av stor viktighet for EU at hele byggebransjen kan nyte fri bevegelse innenfor det indre marked.³ Dessuten dreier det seg i hovedsak om fungible ytelser hvor opprinnelseslandets nasjonalitet i utgangspunktet vil være irrelevant for produktets kvalitet og egenskaper. Dette gjør at byggevarerområdet er meget godt egnet for *grenseoverskridende handel*, og det er derfor av viktighet at byggevarersektoren kan nyte fri bevegelse. Innenfor byggebransjen vil fri bevegelse også omfatte tjenesteytelse tilknyttet byggebransjen, samt fri bevegelse for kapital som skal finansiere byggeprosjekter i Europa. Denne spesialoppgaven skal ta for seg førstnevnte frihet, nemlig fri bevegelse av byggevarer i det indre marked, og reguleringen av tekniske handelshindringer på dette området.⁴ *Temaet for oppgaven er å identifisere mulige handelshindringer og vurdere deres berettigelse i forhold til EØS-avtalens regulering, samt å vurdere byggevarerområdets grensefelt.*

Byggevarerområdet omfatter alt av produkter som permanent skal inngå i byggverk, det vil si alt fra planker og spiker til vinduer og sement. Videre omfattes utstyr av teknisk art, slik som for eksempel elektrisk utstyr, ventilasjonsanlegg og heiser. Området omfatter altså et særdeles stort spekter av varer, og EØS-rettens regulering av byggevarerområdet vil få stor betydning for en rekke aktører. Herunder kan nevnes byggherrer, entreprenører, bygg- og anleggsarbeidere, produsenter, importører, salgsledd, arkitekter, m.v. Dessuten vil fellesskapsrettens regulering, som allerede nevnt, få stor betydning for verdiskapningen innad i fellesskapet og i de enkelte medlemsstater.

² Kilde for norske tall: Hjemmesidene til Statistisk sentralbyrå (www.ssb.no - 13.03.07) samt egne utregninger.

³ Norge er en del av det indre marked gjennom EØS-avtalen. Se bl.a. EØS art. 8.

⁴ En utfyllende fremstilling om fri bevegelse for *tjenesteytelse* innenfor byggebransjen blir gitt i Borgestrand (2006), *Grenseoverskridende byggetjenester. Norske regler om kvalifikasjoner og utførelse i EØS-perspektiv* (publisert i IUSEF nr. 49)

For å gjennomføre et fritt varebytte har EØS-avtalen bestemmelser som motvirker og forbyr regler og tiltak som er egnet til å begrense samhandelen i EØS. Dette vil si nasjonale regler og tiltak som fungerer som *handelshindringer*. Ved siden av regler som forbyr handelshindringer, utarbeides det på nærmere angitte områder harmoniseringsdirektiver. Disse direktivene skal harmonisere de krav som stilles til et produkt eller en produktgruppe blant alle medlemslandene, og har to hovedformål. For det første skal harmoniseringsdirektivene medvirke til at tekniske handelshindringer⁵ motvirkes og oppheves. For det andre skal disse direktivene medvirke til at det stilles visse minstekrav til produktene på området som er harmonisert. Med hensyn til slike kvalitetskrav er det på byggevareområdet helt nødvendig med harmonisering. Sikkerhetshensyn nødvendiggjør at produkter som skal inngå i byggverk er av tilstrekkelig kvalitet. Tanken bak harmoniseringssystemet er å samordne produktkrav hos medlemsstatene slik at det settes minimumskrav til hvert enkelt produkt eller produktgruppe. Slik sikrer man at byggevarer innehar en viss kvalitet og at produktene dermed er egnet til å benyttes i byggverk. Med et harmonisert system oppnår man dermed begge hovedformålene med harmonisering. For det første unngår man handelshindringer i form av at produsenter ikke støter på nasjonale tilleggskrav i andre medlemsland. Dette vil føre til lavere produksjons- og distribusjonskostnader og en mer effektiv samhandel som videre vil bidra til å oppfylle hovedformålet i EØS-avtalen, nemlig målet om økonomisk vekst. For det andre oppnår man at de produktene som tillates markedsadgang må oppfylle visse kvalitetskrav.

Byggevareområdet var tradisjonelt et område preget av et stort antall handelshindringer. Dette førte til at byggevareområdet, etter forslag fra Kommisjonen, ble harmonisert gjennom byggevaredirektivet⁶. Ved siden av harmoniseringen, vil grunnleggende EF-

⁵ Med tekniske handelshindringer menes nasjonale tiltak som har tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. I forhold til byggevarer kan dette typisk være produktkrav, som f.eks. nasjonale krav til produktegenskaper, produktsertifisering, merking, dokumentasjon, m.v.

⁶ Rådsdirektiv av 21. desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om byggevarer. Direktivet er publisert i EF-Tidende nr. L 040 av 11/02/1989 s. 12 og senere endret ved Rådsdirektiv 93/68/EØF av 22. juli 1993 om CE-merking (publisert i EFT L 220 a 30/08/1993 s. 1)

rettslige prinsipper om gjensidig anerkjennelse også utgjøre et effektivt virkemiddel i denne sammenheng. Prinsippet vil typisk få anvendelse der man har å gjøre med produkter som faller innenfor byggevaredirektivet, men som det ikke er utarbeidet konkrete krav for. Her vil medlemsstatene måtte bygge på prinsippet om gjensidig anerkjennelse, og derfor respektere andre medlemsstaters godkjenninger. Til tross for at det fra EUs side er iverksatt tiltak for nedbygging av handelshindringene på byggevareområdet, påstår byggebransjen at de ofte opplever hindringer innenfor området.⁷ Hvorvidt dette er tekniske handelshindringer som skyldes norsk regulering eller om handelshindringene er av praktisk art, skal det ses nærmere på i denne avhandlingen.

Harmoniseringen av byggevareområdet og dets grensefelt reiser mange spørsmål, og oppgaven er derfor bygget opp i tre deler. For det første er det nødvendig å få en oversikt over hvordan dagens regulering av byggevareområdet fungerer. Dette behandles i *avhandlingens første del* (kap. 2 og 3), og vi skal her blant annet se på EUs direktivregulering av byggevareområdet. Her forklares hvordan byggevaredirektivet er ment å harmonisere området, virkemidler som benyttes for å nå målene samt innholdet av relevante bestemmelser. Videre vil det kort bli redegjort for metoden som direktivet er bygget opp etter, nemlig den såkalte nye metode. En slik redegjørelse for dagens regulering vil nødvendigvis reise flere prinsipielle og interessante spørsmål. Dette gjelder både i forhold til norske myndigheters handlefrihet innenfor direktivet, samt direktivets forhold til den alminnelige fellesskapsretten. Derfor vil det under denne delen av fremstillingen bli reist spørsmål om blant annet hvor fritt Norge står til å sette egne produktkrav til byggevarer i medhold av fellesskapsretten, samt hvorledes norske myndigheter skal forholde seg i de tilfeller der det ikke eksisterer konkrete tekniske spesifikasjoner for et produkt eller en produktgruppe. Videre vil det bli gjort rede for nærmere angitte relevante prosedyrer som settes opp i både byggevaredirektivet og andre direktiver.

⁷ I forbindelse med oppstart av screeningprosjektet som denne oppgaven er en del av, ble det i møte med Nærings- og handelsdepartementet 09.02.07 opplyst at byggebransjen er en sektor som stadig hevder å møte på handelshindringer.

Dessuten er det nødvendig å se på hvorledes denne reguleringen er gjennomført i norsk lovgivning. Dette behandles i en kort gjennomgang etter at vi har tatt for oss EUs regulering. Her skal vi se nærmere på de norske bestemmelsene som gjennomfører byggevaredirektivet og hvordan norsk lovgiver har forstått denne gjennomføringen.

I *oppgavens andre del* (kap. 4 og 5) vil jeg gå mer konkret til verks. Denne delen av fremstillingen har som primæroppgave å identifisere eventuelle handelshindringer, og deretter vurdere disse handelshindringenes berettigelse. Dette deles videre inn i to underkategorier – handelshindringer innenfor norsk lovgivning som gjennomfører byggevaredirektivet, og handelshindringer i norsk lovgivning som gjelder områder som ikke er harmonisert av EU. For første underkategori må eventuelle handelshindringer nødvendigvis vurderes opp mot byggevaredirektivets regulering. For slike handelshindringer må det også tas stilling til om direktivet kan tenkes å åpne for nasjonale handelshindrende krav innenfor fellesskapsrettens grenser. Der det eventuelt finnes handelshindringer som ikke står seg i forhold til direktivet, må det videre vurderes hvilke grep som må tas fra lovgivers side for at handelshindringen eventuelt kan anses berettiget etter de forpliktelser EØS-avtalen legger på Norge.

For andre underkategori vil metoden bli en annen. Her er det handelshindringer i andre deler av norsk lovgivning som skal vurderes. Dette er lovgivning som ikke er berørt av gjennomføringen av byggevaredirektivet, og vi befinner oss således på områder som ikke er harmoniserte. Dette medfører at vi løsriver oss fra byggevaredirektivet, og faller tilbake på den alminnelige fellesskapsretten. Konsekvensen av dette blir at vurderingene her først og fremst må knyttes opp mot EØS art. 11 – 13 slik disse bestemmelsene er tolket og videreutviklet gjennom EF-domstolens praksis.⁸ Disse vurderingene består av en tredelt prosess. For det første må den norske bestemmelsen tolkes for å få klarlagt innholdet av den. For det andre må det vurderes hvorvidt bestemmelsen utgjør en handelshindring eller

⁸ EØS-avtalens bestemmelser skal tolkes i samsvar med de tilsvarende bestemmelser i EF-traktaten. Dette innebærer at avgjørelser avsagt av EFD skal tas hensyn til ved tolkning av EØS-avtalens regelverk, jfr. EØS art. 6 og ODA art. 3.

ei. Og dersom bestemmelsen utgjør en handelshindring, må det for det tredje vurderes om handelshindringen kan anses berettiget. I denne delen av fremstillingen vil det også bli reist hypotetiske spørsmål som lett kan tenkes å oppstå når den norske stat er byggherre. Hvor fritt står for eksempel den norske stat som byggherre, sett i lys av EØS-avtalens forpliktelser, til å sette krav i sine anbud?

For å ta stilling til hva som kan gjøres for å få markedet for byggevareprodukter til å fungere enda bedre enn i dag, må spørsmålene løftes opp i et mer overordnet perspektiv. Dette vil bli gjort i *avhandlingens tredje og siste del* (kap. 6). Dette vil således bli en rent rettspolitisk del som vil dreie seg om hva som ikke fungerer og hvorfor det ikke fungerer. Dessuten vil det bli satt fokus på hva som kan gjøres annerledes og eventuelle konsekvenser av dette.

DEL I – REGULERINGEN AV BYGGEVAREOMRÅDET

2 EUs regulering

2.1 Byggevaredirektivets regulering

Byggevareområdet reguleres innenfor EØS gjennom byggevaredirektivet som skal harmonisere krav til byggevareprodukter. Direktivet ble innført for å lette samhandelen på et område preget av et stort antall tekniske handelshindringer. Ved siden av hensynet til samhandelen, var hensynet til en bærekraftig utvikling av miljøet en viktig bakgrunn for harmonisering av produktkrav. Dette skyldes at byggevaresektoren bruker mer råvarematerialer enn noen annen sektor, og det var således behov for å sette en felles standard med hensyn til produktkrav.

Byggevaredirektivet skal harmonisere medlemsstatenes produktkrav som vilkår for markedsadgang. I byggevaredirektivets fortale fremgår det at direktivet har to hovedformål.⁹ For det første skal byggevaredirektivet medvirke til å *oppheve og motvirke handelshindringer* på byggevareområdet, slik at byggevareprodukter fritt skal kunne markedsføres og omsettes innad i EØS. For det andre skal direktivet sørge for at byggevarer innehar slike egenskaper at ferdigstilte byggverk oppfyller visse *grunnleggende krav*. Byggevaredirektivet harmoniserer derimot ikke medlemsstatenes bygningslovgivning. Dette betyr at f.eks. bygningers høyde, tilgjengelighetskrav,

⁹ Fjerde og femte betraktning.

innretningskrav, byggesaksbehandling og arealutnyttelse, ikke reguleres av byggevaredirektivet. Derfor er det opp til hvert enkelt medlemsland å regulere krav til byggverks ytelsesverdier m.v., men under forutsetning av at nasjonale krav tilfredsstiller direktivets vesentlige krav. Dette kan medføre at det fra de enkelte medlemslands side stilles strengere krav til bruk av byggevareproduktene enn de krav som følger av direktivet. Grunnen til at byggevaredirektivet ikke griper inn i denne delen av bygningslovgivningen, er hensynet til nasjonale forskjeller i forhold til blant annet geografi og klima.¹⁰

Byggevaredirektivet er et av de første såkalte ny metode-direktiv.¹¹ Dette er en lovgivningsteknisk metode som EU benytter for å harmonisere områder på en mest mulig effektiv måte, og derigjennom også motvirke tekniske handelshindringer. Harmonisering etter den nye metode knytter seg til teknisk harmonisering og standardisering, og omfatter produkter av teknisk art som det er mulig å oppstille tekniske spesifikasjoner for. Den nye metode innebærer at harmoniseringen begrenses til visse angitte *vesentlige krav* som oppstilles i direktivet, mens de konkrete tekniske spesifikasjonene som produktet skal ha for å oppfylle direktivets vesentlige krav blir gitt i harmoniserte standarder av CEN eller CENELEC. F.eks. blir det i NS-EN 186-2:1992 om våtpressede keramiske fliser gitt en rekke spesifikke krav til egenskaper. Blant annet skal flisene ikke absorbere mer fukt enn 6 % av egen vekt. Videre kreves kjemiske egenskaper som gjør flisene motstandsdyktige mot bl.a. syre.

CEN (Comité Européen de Normalisation) og CENELEC (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique) er de to standardiseringsorganisasjonene som utarbeider harmoniserte produktstandarder som er relevante for byggevareområdet. CENELEC utarbeider elektrotekniske standarder, mens CEN utarbeider de øvrige standardene. Dette er europeiske

¹⁰ Se mer om dette i kap. 6.2

¹¹ Den nye metode ble innført i 1985 og er publisert i EF-tidende 1985/C 136/01. Per i dag er det utgitt 21 direktiver etter den nye metode. Alle ny metode-direktiver er bygget opp etter samme struktur med flere bestemmelser som har tilnærmet likelydende ordlyd. Et rettskildemessig poeng i denne sammenheng, er at rettspraksis fra EFD som angår andre ny metode-direktiver vil ha stor betydning i tolkningen av tilsvarende bestemmelser i byggevaredirektivet.

standardiseringsorganisasjoner som utarbeider standarder etter mandat fra Kommissjonen. Ettersom dette ikke er offentlige EU-organer, er også Norge representert her gjennom Standard Norge. Dermed får Norge innflytelse på standardiseringsarbeidet til tross for at vi ikke er medlem av EU. Imidlertid er Norge ikke representert i Det faste byggeutvalg, jfr. byggevaredirektivet art. 19. Det faste byggeutvalg er satt sammen av to representanter fra hver medlemsstat, og er overordnet standardiseringsorganisasjonene. Utvalgets oppgaver er blant annet å bistå og rådgje Kommissjonen i utarbeidelsen av standardiseringsmandater til standardiseringsorganisasjonene.¹²

Ettersom et av byggevaredirektivets hovedformål er å sikre at ferdige byggverk tilfredsstiller visse grunnleggende krav blir forbindelsen mellom byggevareproduktene og byggverkene sentral. I direktivets vedlegg I fremgår det at byggevarene ”skal gjøre det mulig å oppføre bygg som (i sin helhet og enkelte deler) egner seg til den bruk de er beregnet på,”. For å oppfylle hovedformålet vedrørende det ferdigstilte byggverket, er det derfor nødvendig å skape en forbindelse mellom selve byggevareproduktene og byggverket. Dette gjøres ved at byggevaredirektivets grunnleggende krav kort presiseres i seks basisdokumenter.¹³ Disse dokumentene får betydning når Kommissjonen gir standardiseringsorganisasjonene mandat til å utferdige konkrete tekniske spesifikasjoner for et produkt. Basisdokumentene skaper da den nødvendige forbindelsen mellom direktivets grunnleggende krav og standardiseringsorganisasjonene som skal utferdige konkrete krav til selve produktet.¹⁴ Basisdokumentene skal bl.a. fungere som referanse for utarbeidelsen av harmoniserte tekniske spesifikasjoner, harmonisere terminologi og grunnleggende tekniske begreper samt angi klasser/nivåer for krav som skal stilles til produktet eller produktgruppen.¹⁵ Basisdokumentene er således et viktig ledd mellom direktivets krav og de endelige krav som stilles til produktet. På grunn av den nye metode vil derfor byggevaredirektivet, basisdokumentene og de harmoniserte tekniske

¹² Se nærmere om standardiseringsorganisasjonene i Borgstrand (2006) s. 70 flg. og hjemmesiden til CEN (<http://www.cen.eu/cenorm/index.htm> - 06.04.07)

¹³ Hvert basisdokument er ca. 15-20 sider.

¹⁴ Det finnes et basisdokument for hvert av byggevaredirektivets seks grunnleggende krav. Basisdokumentene er publisert i EF-tidende 1994/C 62/01 (kommisjonsmelding om basisdokumentene til rådsdirektiv 89/106/EØF).

¹⁵ Jfr. Allmenn innledning til de seks basisdokumentene pkt. 2 i EF-tidende 1994/C 62/01.

spesifikasjonene henge nøye sammen i prosessen med å stille krav til de produkter som skal inngå i byggverk.

Som nevnt regulerer direktivet produktkrav og markedsføring av produkter som skal inngå i ferdige byggverk.¹⁶ Etter art. 2 nr. 1 kan produktene kun markedsføres ”dersom de egner seg til sitt formål”, det vil si at de må oppfylle de grunnleggende krav i art. 3. I art. 3 nr. 1, jfr. vedlegg 1 fremgår de generelle vesentlige kravene som direktivet setter til et ferdig byggverk. Dette er seks krav som skal sikre:

- 1) Mekanisk motstandsevne og stabilitet
- 2) Brannsikring
- 3) Hygiene, helse og miljø
- 4) Sikkerhet ved bruk
- 5) Støyvern
- 6) Energisparing og varmeisolering

Disse kravene er videre blitt utdypet i de seks basisdokumentene, jfr. art. 3 nr. 3, og deretter presisert i harmoniserte tekniske spesifikasjoner. Når et produkt endelig oppfyller alle kravene som stilles til produktet, kan det fritt kunne omsettes i alle medlemslandene jfr. art. 2 nr. 1.

Ethvert produkt som er produsert for ”permanent innføring i byggverk” vil omfattes av direktivet, jfr. art. 1 nr. 2. Med dette menes at ”byggets ytelse reduseres dersom varen fjernes, og at demontering eller utskifting av varen medfører bygge- eller anleggsvirksomhet”.¹⁷ Dette betyr at byggeveredirektivet omfatter en mengde produkter. I tillegg til det man til daglig forbinder med byggevarer, som f.eks. vinduer, dører og treverk, omfattes også en rekke andre produkter. Volummoduler (f.eks. innflyttingsklare leiligheter som settes sammen som et byggesett), elementer som er satt sammen til et produkt (f.eks. våtromsmoduler) og tekniske installasjoner (f.eks. ventilasjonsanlegg), er produktgrupper som reguleres av byggeveredirektivet. Direktivets anvendelsesområde begrenses imidlertid

¹⁶ Med ”markedsføring” menes her markedsadgang. I direktivets engelske versjon er dette formulert slik: ”may be placed on the market only if....”.

¹⁷ Jfr. basisdokumentet til grunnkrav nr.1 om mekanisk motstandsevne og stabilitet pkt. 1.3.2.

dersom produktet ikke skal markedsføres. Ettersom direktivet kun regulerer produkter som skal omsettes på markedet, jfr. art. 2 nr. 1, innebærer dette at f.eks. produkter som må lages eller bestilles spesielt for et enkelt byggverk faller utenfor direktivets virkeområde. Det samme gjelder for byggesystemer som skal settes sammen til et produkt på byggeplassen.¹⁸

Et av byggevaredirektivets hovedformål er å fjerne tekniske handelshindringer mellom medlemslandene på byggevareområdet. Det fremgår av art. 6 at ”medlemsstatene skal på sitt territorium ikke hindre fri omsetning, markedsføring eller bruk av varer som tilfredsstiller bestemmelsene i dette direktiv”. Dette innebærer at produsenten må kunne dokumentere at produktet oppfyller de krav som stilles i byggevaredirektivet før produktet fritt kan markedsføres og omsettes. For å få til dette skal byggevaredirektivet harmonisere metodene for *testing* av produktet, metodene for å *fastsette* tekniske spesifikasjoner og metodene for *samsvarsvurderinger* av byggevareprodukter. Til gjennomføring av denne harmoniseringen setter byggevaredirektivet derfor opp fire virkemidler:

- 1) System for harmoniserte tekniske spesifikasjoner
- 2) System for samsvarsattestering
- 3) Tekniske kontrollorganer
- 4) CE-merking

Ved å innføre CE-merking og et system for samsvarsattestering skal man kunne dokumentere at byggevaredirektivets krav til det enkelte produkt er oppfylt. Tekniske kontrollorganer og de harmoniserte standardene er virkemidler for å sørge for at de tekniske kravene blir oppfylt. Disse virkemidlene skal behandles nærmere i kap. 2.1.1

2.1.1 Byggevaredirektivets 4 virkemidler

Innføringen av *harmoniserte tekniske spesifikasjoner* er et av virkemidlene for å fjerne tekniske handelshindringer på byggevareområdet. Dette er europeiske harmoniserte standarder for produktet (hEN¹⁹) eller europeiske tekniske godkjenninger (ETA²⁰).

¹⁸ Jfr. REN 2003 Statens bygningstekniske etat, *Veiledning til teknisk forskrift til plan- og bygningsloven 1997* s. 27.

¹⁹ Harmonised European Norm. Utarbeides av CEN/CENELEC.

Tekniske spesifikasjoner skal sikre at prøvingsmetodene og metodene for deklarerer av resultater er like i samtlige medlemsland. Videre blir det i de harmoniserte tekniske spesifikasjonene angitt konkrete krav til produktet eller produktgruppen, krav til egenskaper, krav til dokumentasjon og krav til selve godkjennelsen av produktet. Dermed vil det for produsentene være enklere og mindre kostnadskrevende å fremstille et produkt, når de vet at det er de samme metodene som benyttes i alle medlemslandene. Dessuten vil det også være besparende for produsentene når de kan produsere varene sine etter konkrete harmoniserte krav.²¹

For varer som ikke omfattes av harmoniserte standarder, varer som i betydelig grad avviker fra harmoniserte standarder eller når standarder ikke kan utstedes eller forventes innen rimelig tid, kan det etter byggevaredirektivets art. 8 utstedes en såkalt ETA. Dette er en annen variant av harmoniserte tekniske spesifikasjoner, og har samme funksjon som harmoniserte standarder. Forskjellen mellom disse to alternativene er at en ETA gjerne retter seg mot en mindre produktgruppe, og prosessen for å utstede en ETA er derfor ofte mindre omfattende. Mens en standard ofte retter seg mot en større produktgruppe, skal en ETA sikre at et bestemt produkt oppfyller direktivets krav. Dessuten er en ETA kun midlertidig, og har normalt en gyldighetsperiode på fem år, jfr, art. 8 nr. 4. En ETA skal etter art. 9 nr. 1 være basert på undersøkelser, prøver og vurderinger som bygger på basisdokumentene, samt retningslinjer etter art. 11. Disse retningslinjene kalles ETAG (ETA Guidelines) og angir blant annet konkrete produktkrav, prøvingsmetoder og samsvarsprosedyrer.

Utstedelse av harmoniserte tekniske spesifikasjoner knytter seg til *attestering av samsvar*. Dette er et neste virkemiddel som skal medvirke til fri flyt av byggevareprodukter. Attestering av samsvar innebærer en erklæring om at produktet oppfyller kravene i en

²⁰ European Technical Approval. Utstedes av et medlem av Den europeiske organisasjon for teknisk godkjennelse (EOTA). Medlemmene er nasjonale godkjennelsesorganer, jfr. vedlegg II.

²¹ Harmoniserte standarder skal etter standardiseringsorganisasjonenes interne regler fastsettes i medlemslandenes nasjonale standarder. I Norge blir harmoniserte standarder betegnet som NS-EN.

teknisk spesifikasjon (ETA eller hEN), jfr. art. 13 nr. 1 og 2. Samsvarsattesteringen går ut på at produktet kontrolleres opp mot de tekniske spesifikasjonene, og skjer ved at produktet kontrolleres etter en eller flere av de syv metoder som er beskrevet i direktivets vedlegg III. Disse metodene varierer fra at produsenten selv utfører kontroller av produktet til at kontrollene blir utført av uavhengige tekniske kontrollorganer. Hvilken metode som skal følges reguleres i art 13 nr. 4, og avhenger av hvor viktig varen er med hensyn til direktivets grunnleggende krav, varens beskaffenhet, virkningen av variasjonsbredden i varens egenskaper på dens anvendbarhet og sannsynligheten for produksjonsfeil. Dette innebærer at produkter som er viktige med hensyn til sikkerhet (f.eks. bærebjelker) blir underkastet strengere kontrollmetoder enn andre produkter. Metoden eller metodene som skal benyttes for kontroll, angis i mandatene til standardiseringsorganisasjonene og i de tekniske spesifikasjonene. Når et produkt endelig er ferdig kontrollert blir det etter art. 13 nr. 1 utstedt enten en samsvarserklæring av produsenten selv, eller et samsvarssertifikat av et godkjent sertifiseringsorgan. Dette gir produsenten rett til å påføre produktet CE-merket, jfr. art. 14 nr. 2.

Et tredje virkemiddel etter byggevaredirektivet er innføringen av *tekniske kontrollorganer*. Dette er nasjonale organer som skal stå for sertifisering av at produktet samsvarer med de tekniske spesifikasjoner som er gitt for det aktuelle produkt eller produktgruppen. Organene blir etter art. 18 utpekt og godkjent av de enkelte medlemsland som videre melder fra til Kommisjonen. Etter art. 18 nr. 3 skal det også meldes fra hvilke varer som faller inn under kompetansen til organene og hvilke typer oppgaver organene skal utføre. Av byggevaredirektivets vedlegg IV fremgår det hvilke formelle krav som stilles til disse organene.²² Dersom det kreves at produktet skal samsvarsattesteres etter en metode som krever et godkjent sertifiseringsorgan etter art. 13, kan produsenten fritt velge mellom alle godkjente tekniske kontrollorganer i medlemslandene.

²² Se kap. 3.2 for hvordan denne virksomheten reguleres i Norge.

Når et produkt er ferdig kontrollert og oppfyller de krav som stilles til produktet, kan det *CE-merkes*. Dette er byggevaredirektivets fjerde virkemiddel for å sikre fri flyt av byggevareprodukter, og innebærer at produkter som er påført CE-merket fritt kan markedsføres og omsettes i alle medlemslandene, jfr. art. 2 nr. 1. CE-merking viser at produktet har vært igjennom de nødvendige kontroller og samsvarsvurderinger, og således oppfyller de krav som settes til produktet etter byggevaredirektivet. Etter art. 4 nr. 6 er det produsenten eller hans representant innenfor fellesskapet, som påfører CE-merket. Det er imidlertid viktig å være klar over at CE-merket ikke er et kvalitetsstempel. Selv om CE-merket skal vise at produktet oppfyller direktivets vesentlige krav, er det ikke ment å bekrefte at produktet er egnet for enhver tiltenkt bruk. Det er for eksempel ikke sikkert at CE-merket armeringsjern produsert i Spania er egnet for bruk i byggverk på vestlandet. Det eneste CE-merket viser, er at produktet har vært igjennom nærmere angitte kontroller, og at det tilfredsstiller byggevaredirektivets vesentlige krav. CE-merket kan derfor sies å være et hjelpemiddel for produsentene for å få sikret markedsadgang for produktene sine. Videre er det også et hjelpemiddel for nasjonale myndigheters markedsovervåkning, som kun skal tillate at byggevarer som tilfredsstiller direktivet blir markedsført og omsatt.

CE-merket kan påføres i tre tilfeller etter art. 14 nr. 2 jfr. art. 4. For det første kan CE-merket påføres når produktet er i samsvar med en harmonisert standard. For det andre kan produktet CE-merkes når det er i samsvar med en ETA. Og for det tredje kan man også påføre CE-merket i de tilfeller der det ikke foreligger harmoniserte tekniske spesifikasjoner, men da kreves det etter art. 4 nr. 2 litra c) at produktet er i samsvar med nasjonale tekniske spesifikasjoner.

I sistnevnte tilfelle må imidlertid de nasjonale tekniske spesifikasjonene oversendes Kommisjonen etter en prosedyre beskrevet i art. 4 nr. 3. Kommisjonen skal i disse tilfellene rådspørre Det faste byggeutvalg som avgjør om spesifikasjonene tilfredsstiller byggevaredirektivets krav. Deretter blir de nasjonale tekniske spesifikasjonene som er i samsvar med direktivet videreformidlet til de øvrige medlemslandene, slik at de blir offentliggjort.

Ettersom byggevaredirektivet ikke harmoniserer medlemslandenes krav til byggverk, står hvert enkelt land fritt å bestemme ytelsesverdier for produktene som skal inngå i byggverk. Derfor må man sammenholde det CE-merkede produktet sammen med de aktuelle tekniske spesifikasjonene som er utstedt, for å vurdere hvorvidt produktet tilfredsstiller de ytelsesverdier medlemslandet krever. Ved å sammenholde disse dokumentene kan man se hvilke krav som er stilt til produktet og hvilke tester produktet har vært gjennom. Dette innebærer at selv om et produkt er CE-merket og fritt kan omsettes og markedsføres, så er det ikke uten videre gitt at det kan benyttes i alle medlemslandene pga. forskjellige nasjonale krav til ytelsesverdier på bruksområdet. Hvis man ser på ovennevnte eksempel om spanskprodusert armeringsjern, kan det være at norske myndigheter stiller strengere krav for bruk av dette produktet enn hva som kreves for CE-merking. Ettersom det er opp til de enkelte nasjonale myndigheter å bestemme ytelsesverdier, vil det derfor oppstå situasjoner der CE-merkede produkter ikke kan benyttes. Selv om medlemslandene kan sette egne krav til ytelsesverdier, kan de derimot ikke stille egne krav til egenskaper eller tester som ikke er med i de harmoniserte tekniske spesifikasjonene. Dette innebærer at ethvert medlemsland plikter å respektere de kontroller produktet har vært igjennom, og således tillate godkjente produkter markedsadgang.

2.1.2 Produkter som omfattes av flere direktiver

Ofte vil produkter som skal inngå i byggverk omfattes av flere direktiver enn bare byggevaredirektivet. Siden produktene som inngår i byggverk svært ofte er av teknisk art, vil dette i de fleste tilfeller dreie seg om andre ny metode-direktiver. For eksempel vil en heis omfattes av byggevaredirektivet ettersom dette er en innretning som permanent skal monteres inn i byggverket. I tillegg vil en heis også omfattes av heisdirektivet²³ som foretar særskilt regulering av heiser. Det samme gjelder for elektrisk utstyr som f.eks. elektrisk styrte nøddører. Disse produktene omfattes av lavspenningsdirektivet²⁴ i tillegg til

²³ Direktiv 95/16/EF

²⁴ Direktiv 73/23/EØF (endret ved direktiv 93/68/EØF slik at direktivet ble tilpasset den nye metode).

byggevaredirektivet. Ettersom CE-merking kun kan finne sted når produktet er i samsvar med direktivets krav, må det fastslås hva CE-merket i disse tilfellene skal bekrefte.

For disse tilfellene oppstilles det i ny metode-direktivene et prinsipp om at CE-merket skal bekrefte at produktet er i samsvar med *alle relevante direktiver*. I byggevaredirektivet reguleres dette i art. 2 nr. 2 a), som slår fast at CE-merket for slike produkter skal bekrefte at ”varene også antas å være i samsvar med bestemmelsene i disse andre direktiver”.²⁵ Dette betyr at produkter som omfattes av flere direktiver, må fremstilles og samsvarsvurderes i henhold til samtlige relevante direktiver med eventuelt tilhørende standarder. Konsekvensen av denne reguleringen, er at slike produkter ikke kan tillates markedsført før de tilfredsstiller samtlige relevante direktiver.

2.1.3 Direktivets forhold til alminnelige regler om fri flyt av varer

Byggevareområdet er altså harmonisert ved byggevaredirektivet. Dette betyr at direktivets materielle bestemmelser skal være implementert i samtlige medlemslands lovgivning.²⁶ Og videre, harmoniserte standarder som er utarbeidet av CEN eller CENELEC, skal fastsettes i nasjonale standarder i medlemslandene ved at man enten tilpasser eksisterende standarder eller innfører nye standarder som fastsetter de harmoniserte standardene. Enkelt forklart innebærer dette at alle krav som stilles til byggevareprodukter eller til fremstilling av slike produkter skal være identiske i samtlige av medlemslandene i EØS, såfremt produktet eller produktgruppen omfattes av en harmonisert standard. Ut over de harmoniserte kravene kan det ikke stilles andre særlige nasjonale produktkrav for å tillate markedsadgang. Slike krav vil utgjøre handelshindringer.

Utgangspunktet skulle derfor være klart: Ethvert produkt som er produsert og sertifisert i henhold til byggevaredirektivet med tilhørende tekniske spesifikasjoner tilfredsstiller

²⁵ Se f.eks. heisdirektivet art. 8 nr. 4 a) for tilsvarende regulering av heiser.

²⁶ Jfr. byggevaredirektivet art. 22 som pålegger medlemsstatene å ha implementert direktivet i nasjonal lovgivning innen juni 1991.

direktivets krav til produktet, og derfor også kravene i samtlige medlemsland, og skal således kunne markedsføres og omsettes fritt blant alle medlemslandene i EØS uten å bli hindret av nasjonale tilleggskrav.

Det kan imidlertid reises spørsmål om ikke den enkelte medlemsstat skal ha adgang til å stille tilleggskrav som kan begrunnes i unntaksbestemmelsene i art. 13 eller i andre allmenne hensyn, på samme måte som det kan tillates å ha restriksjoner som kan påvirke samhandelen på områder som ikke er harmonisert. Kan eksempelvis norske myndigheter stille egne krav til sement for at det skal tillates markedsført og solgt, forutsatt at kravet er tilstrekkelig begrunnet i f.eks. hensynet til menneskers liv og helse, jfr. EØS art. 13?

Ettersom byggevareområdet er harmonisert ved et *totalharmoniseringsdirektiv*, har ikke medlemsstatene samme adgang til å stille nasjonale krav som på områder som ikke er harmonisert.²⁷ Totalharmoniseringsdirektiver inneholder i prinsippet to klausuler, en markedsføringsklausul og en eksklusivitetsklausul. Markedsføringsklausuler pålegger medlemsstatene en plikt til å tillate fri import og markedsføring av produkter som tilfredsstiller direktivet, mens eksklusivitetsklausuler pålegger statene plikt til å nekte salg av varer som ikke oppfyller direktivets krav.²⁸ I byggevaredirektivet finner vi markedsføringsklausulen i art. 6 nr. 1 der det heter at medlemstatene på sitt territorium ikke skal ”hindre fri omsetning, markedsføring eller bruk av varer som tilfredsstiller bestemmelsene i dette direktiv”. Bestemmelsen pålegger altså medlemsstatene å tillate fri omsetning og markedsføring av varer som oppfyller direktivets krav. Eksklusivitetsklausulen finnes i art. 2 nr. 1 som fastslår at ”medlemsstatene skal treffe alle nødvendige tiltak for å sikre at de varer som er nevnt i artikkel 1 og beregnet på bruk i bygg, *bare kan markedsføres dersom de egner seg til sitt formål,*” (min utheving). Dette

²⁷ I Europakommisjonens offisielle veiledning til den nye metode slås det fast at alle direktiver etter ny metode er totalharmoniseringsdirektiver (Guide to the implementation of directives based on the New Approach and the Global Approach kap. 1.4).

²⁸ Se mer om totalharmonisering og andre typer harmonisering i Oliver (1982), *Free movement of goods in the European Community*. 3. utg. 1996, kap. 12.37 flg. og EØS-rett (2004) kap. 16.4.

innebærer at produkter som ikke tilfredsstiller direktivets krav ikke skal tillates markedsadgang.

Direktiver som foretar fakultativ harmonisering, inneholder kun en markedsføringsklausul. Dette innebærer at medlemsstatene også kan tillate import og markedsføring av produkter som ikke tilfredsstiller direktivet. Minimumsharmoniseringsdirektivene setter derimot kun krav til en minstenorm i forhold til medlemsstatenes nasjonale regelverk, hvilket medfører at medlemsstatene står fritt i utformingen av eget regelverk såfremt direktivets minstekrav til lovgivning er oppfylt.

Alle totalharmoniseringsdirektiver regulerer sine respektive områder *fullt ut og erstatter* de alminnelige reglene om fri flyt av varer.²⁹ Konsekvensen av dette er at medlemsstatene ikke kan ha nasjonale tilleggskrav på totalharmoniserte områder, selv om kravene etter den alminnelige fellesskapsretten kan begrunnes i EØS art. 13 eller allmenne hensyn. Dette følger av EF-domstolens praksis som gjennom en klar og langvarig praksis slått fast at direktiver som foretar totalharmonisering regulerer området fullt ut.

Dette standpunktet er slått fast i en rekke dommer av EFD. Sml. 1977 s. 1555, *Tedeschi* (premiss 35) kan tjene som eksempel for å illustrere dette. I *Tedeschi* uttales det at begrunnelsen for å anvende EFT art. 30/EØS art. 13 opphører når et harmoniseringsdirektiv foreskriver en harmonisering av de tiltak som er nødvendige for å sikre beskyttelsen av de hensynene i EFT art. 30. Videre uttales det at egnede kontroll- og beskyttelsestiltak (f.eks. nasjonale tilleggskrav) må treffes innenfor de rammer som direktivet foreskriver. Dette har senere blitt bekreftet i en rekke dommer fra EFD. Videre blir det i Sml. 1996 s. I-3457, *Bristol Myers* (premiss 25) om nasjonale kontroll- og beskyttelsestiltak uttalt at ”enhver national foranstaltning [skal] i denne sammenheng bedømmes ud fra direktivbestemmelserne og ikke på grundlag af traktatens artikel 30-36”.

At byggevaredirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv vil få betydning i flere henseende. Det vil f.eks. ikke være tillatt med nasjonale krav som går lengre enn hva direktivet tillater, uansett om tiltakene kan begrunnes i unntaksbestemmelsene eller ei. Og dersom man

²⁹ Jfr. Europakommisjonens offisielle veiledning til den nye metode som i kap. 1.4 fastslår at ”these directives supersede all corresponding national provisions”.

kommer over slike tiltak skal tiltakenes berettigelse vurderes ut fra harmoniseringsdirektivet, og ikke i forhold til de alminnelige unntaksreglene.

Begrunnelsen for at direktivets regler skal erstatte alminnelige regler om fri flyt av varer i totalharmoniseringstilfellene følger blant annet av at direktivene setter egne krav til produktene. Tanken er at disse kravene skal være tilstrekkelige og at de derfor setter en absolutt grense for hva som skal kreves. Det skal derfor ikke være nødvendig å tillate at medlemsstatene skal kunne ha ytterligere tiltak. Disse kravene vil i utgangspunktet utgjøre handelshindringer på den frie vareflyten, men er under utarbeidelsen av direktivet vurdert dit hen at de kan forsvares ut fra unntaksbestemmelsene i EFT. art 30/EØS art. 13 eller allmenne hensyn. Dette er altså harmonisering av handelshindringer som er i samsvar med unntaksbestemmelsene.

Grunnen til at man gjør det slik, er at produktenes beskaffenhet medfører at man må å sette visse kvalitetskrav. Ettersom produktene skal inngå som elementer i byggverk er det nødvendig med minimumskrav av sikkerhetshensyn. Uten kvalitetskrav til byggevareprodukter, vil man risikere mangelfulle og farlige byggverk. Videre vil en slik samordning av krav ivareta miljøhensyn. Ved å ta miljøhensyn i betraktning under utarbeidelsen av kravene, oppnår man å utelukke miljøskadelige produkter m.v. Videre kan kravene bidra til f.eks. miljøvennlige og energiøkonomiske bygg. Dette er viktige hensyn som er nødt til å ivaretas, og som lar seg begrunne i EF-rettens unntaksbestemmelser. Slik oppnår man altså en samordning av viktige krav som er i samsvar med EF-/EØS-retten.³⁰

Videre følger begrunnelsen av formålet med harmonisering. Dette er nettopp å harmonisere kravene i samtlige medlemsland på det aktuelle området slik at alle medlemslands lovgivning inneholder de samme kravene eller begrensningene. Derfor ville en ytterligere adgang for medlemslandene til å stille egne krav stå i direkte motstrid med formålet til harmoniseringsdirektivene.

³⁰ Men man kan ikke i sekundærlovgivningen stille strengere krav enn hva som ville vært tillatt etter EØS art. 11 og 12 jfr. art. 13 eller allmenne hensyn. Se nærmere om dette i EØS-rett (2004) s. 279.

EFD har altså gjennom en klar og langvarig praksis slått fast at direktiver som foreskriver fullstendig harmonisering skal regulere det aktuelle området fullt ut. Medlemsstatene har derfor ikke adgang til å stille egne tilleggskrav til byggevareprodukter som omfattes av byggevaredirektivet, selv om kravet etter alminnelige regler om fri flyt av varer kan begrunnes i EØS art. 13 eller allmenne hensyn. Nasjonale krav kan kun stilles når det finnes hjemmel for det i direktivet.

2.1.4 Forholdet til de alminnelige regler om fri flyt av varer når produktet ikke er omfattet av en harmonisert teknisk spesifisering

I forlengelsen av fremstillingen i kap. 2.1.3 det reises spørsmål om hvordan det stiller seg for byggevareprodukter som faller innenfor byggevaredirektivet, men som det ikke er utferdiget harmoniserte tekniske spesifikasjoner for, jfr. art. 4 nr. 2. Situasjonen blir her at man står overfor et produkt som det ikke er stilt detaljerte og spesifikke krav til, men som omfattes av byggevaredirektivets krav. I denne situasjonen vil man kun ha byggevaredirektivets grunnleggende krav i art. 3 nr. 1, jfr. vedlegg I, å forholde seg til. Problemet oppstår når man skal vurdere hvorvidt et produkt tilfredsstiller direktivets krav ettersom disse kravene er tilnærmet intetsigende på grunn av deres meget generelle og vage utforming.³¹ Man har således ingen konkrete holdepunkter å forholde seg til i vurderingen av om et produkt skal kunne tillates markedsført.

For produkter som omfattes av dette problemet bestemmer byggevaredirektivet art. 6 nr. 2 at ”medlemsstatene *skal likevel tillate markedsføring* på sitt territorium av varer som ikke omfattes av artikkel 4 nr. 2, dersom de tilfredsstiller nasjonale bestemmelser *som er i samsvar med traktaten,*” (mine uthevinger). Bestemmelsen hjemler således to unntak fra hovedreglene som følger av direktivet. For det første hjemler den et unntak fra

³¹ For eksempel heter det i kravet til ”sikkerhet ved bruk” i vedlegg I: ”Bygget skal planlegges og oppføres på en slik måte at bruken av det eller dets funksjoner ikke medfører uakseptabel risiko for ulykker som glidning, fall, sammenstøt, forbrenninger, elektriske støt, eksplosjonsskader”. (Vurderingen knytter seg til om produktet er egnet til å sørge for at dette kravet oppfylles).

eksklusivitetsklausulen i art. 2 nr. 1 som nekter medlemsstatene å tillate markedsføring av produkter som ikke tilfredsstiller direktivets krav. For det andre hjemler bestemmelsen et unntak fra hovedregelen, som det redegjort for ovenfor, om at det ikke er tillatt å stille nasjonale krav til produkter som faller inn under et totalharmoniseringsdirektiv. Begrunnelsen for disse to unntakene følger av at det ikke eksisterer harmoniserte tekniske spesifikasjoner og dermed heller ingen klare holdepunkter for medlemsstatene til å vurdere produktet mot. Et konkret eksempel på slike produkter er treullcementplater. Dette produktet eksisterer det ikke harmoniserte tekniske spesifikasjoner for, og er kun omfattet av den norske standarden NS 3025. For produkter i denne situasjonen er det etter byggeveredirektivet adgang til å stille egne nasjonale krav slik det er gjort i f.eks. NS 3025.

Hjemmelen som art. 6 nr. 2 fastsetter må allikevel presiseres noe. For det første må en fastsettelse av slike spesifikasjoner følge den såkalte 98/34-prosedyren.³² For det andre må de nasjonale kravene må være ”i samsvar med traktaten”, og medlemsstatene står følgelig ikke fritt i sin nasjonale regulering. De nasjonale kravene må derfor ikke stride mot de alminnelige reglene om fri flyt av varer, jfr. EØS art. 11 – 13. Dette innebærer at slike nasjonale krav må kunne begrunnes i EØS art. 13 eller ulovfestede unntak for å være i overensstemmelse med EØS-avtalen. Videre må kravet ikke utgjøre en skjult handelshindring eller vilkårlig forskjellsbehandling. Og endelig må det nasjonale kravet oppfylle kravet til egnethet og proporsjonalitet. Dersom det nasjonale kravet tilfredsstiller alle vilkårene i medhold av unntaksbestemmelsen vil kravet være ”i samsvar med traktaten” og dermed kunne opprettholdes uten at man misligholder EØS-avtalen.³³ Således skal utenlandske produkter som oppfyller de nasjonale kravene tillates markedsført, jfr. art. 6 nr. 2.

³² 98/34-prosedyren er en prosedyre for informasjonsutveksling der medlemslandene kan komme med innspill vedrørende den tekniske bestemmelsen. Dette omhandles nærmere i kap. **Error! Reference source not found..**

³³ Se nærmere om den konkrete vurderingen av hvorvidt et nasjonalt krav kan anses å være forenlig med Norges forpliktelser etter EØS-avtalens regler om fri flyt av varer i kap. 4.1.

For byggevareprodukter som havner i den situasjonen at det mangler harmoniserte tekniske spesifikasjoner, vil også byggevaredirektivet art. 16 nr. 1 få anvendelse i spørsmålet om den enkelte medlemsstat skal tillate markedsføring av produktet. Denne bestemmelsen regulerer *gjensidig anerkjennelse* av kontrollorganer i produksjonsstaten, og får anvendelse for produkter som har vært underkastet kontroll i en annen medlemsstat. Bestemmelsen pålegger bestemmelsesstaten å ”anse varen for å være i samsvar med gjeldende nasjonale bestemmelser dersom den har tilfredsstilt prøver og kontroller utført av et godkjent organ i medlemsstaten hvor den er produsert, i samsvar med gjeldende metoder i den medlemsstat som er bestemmelsesstat, eller i samsvar med metoder anerkjent som likeverdige med disse”. Importstaten blir altså pålagt å godta kontroller som er utført av offentlig godkjente kontrollorganer i produksjonslandet. Forutsetningen for dette er at kontrollen er utført i henhold til importstatens nasjonale metoder eller etter metoder som er anerkjent likeverdige med disse. Når man så har godkjent produksjonslandets kontroll, følger det av art. 17 at importstaten ”skal betrakte rapporter og attesteringer om samsvar utstedt i henhold til prosedyren i artikkel 16 av medlemsstaten der varen er produsert, som *likeverdige med tilsvarende nasjonale dokumenter*” (min utheving). Dette betyr at man faller tilbake på bestemmelsen i art. 6 nr. 2 som pålegger importstaten plikt til å tillate markedsføring av produkter som ”tilfredsstiller nasjonale bestemmelser som er i samsvar med traktaten”. Konsekvensen av dette er at f.eks. norske myndigheter er forpliktet til å anerkjenne tyske produkter som er godkjent der, såfremt kontrollen i Tyskland er utført i henhold til norske eller likeverdige metoder. Dermed er Norge forpliktet til å tillate import og markedsføring av de tyske produktet.

Prosedyren som beskrives i byggevaredirektivets art. 16 er for øvrig fullt ut i samsvar med fellesskapsretten slik den gjelder på områder som ikke er harmonisert. For disse områdene har det gjennom EF-domstolen blitt oppstilt et prinsipp om at bestemmelsesstatene må ta andre medlemsstaters produktkontroller i betraktning selv om man her i utgangspunktet skulle stå fritt til å underkaste produktene egne kontroller. Dette synspunktet er slått fast i bl.a. Sml. 1996 s. I-3159, *Brandsma* og Sml. 1998 s. I-5121, *Harpegnies*. Begrunnelsen for dette følger av at medlemsstatene er forpliktet til å bidra til en lempning av

kontrollforanstaltningene i samhandelen innenfor fellesskapsområdet.³⁴ EF-domstolens holdning til dobbelte produktkontroller kan altså sies å være en presisering av det alminnelige lojalitetsprinsipp som er nedfelt i traktaten, jfr. EFT art. 10 og EØS art. 3, som pålegger medlemsstatene å ”avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare”. I *Harpegnies* uttales det at for å oppfylle forpliktelsen vedrørende lempning av kontrolltiltakene i samhandelen, må medlemsstatene ”tage de tekniske eller kemiske analyser eller laboratorieforsøg, der allerede er utført i en anden medlemsstat, i betragtning”.³⁵ Løsningen i byggevaredirektivet art. 16 er altså en kodifisering og presisering av alminnelig fellesskapsrett hva angår gjensidig anerkjennelse av produkter som allerede har vært underkastet produksjonskontroll i produksjonsstaten. Dette vil få direkte betydning for anvendelse av klausulen i art. 16 om at kontrollen må være utført i henhold til importstatens nasjonale metoder, eller etter metoder som er anerkjent likeverdige med disse.

2.1.5 Forholdet til 98/34-prosedyren

Byggevareområdet er i stor utstrekning underlagt teknisk regulering for produktene. I forhold til ny nasjonal regulering for slike områder vil den såkalte 98/34-prosedyren være sentral. Prosedyren bygger på direktiv 98/34/EF om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter, og regulerer informasjonsutveksling om tekniske regler mellom medlemsstatene.³⁶ Med tekniske regler menes tekniske spesifikasjoner eller produktkrav som er påbudt å overholde i forhold til markedsføring og bruk, jfr. art. 1 nr. 9. Tekniske regler som omfattes av 98/34-prosedyren, vil typisk være minimumskrav vedrørende produktets egenskaper og kvalitet, samt merkekrav, kontrollmetoder og fremgangsmåter for samsvarsvurdering.

³⁴ Jfr. Sml. 2005 s. I-9665, *Kommisjonen mot Portugal* (premiss 46).

³⁵ Jfr. *Harpegnies*, premiss 35.

³⁶ Direktivet er publisert i EF-tidende L 204 av 21.07.1998 s. 37, og gjennomført i lov av 17.12.04 nr. 101: Lov om europeisk meldeplikt for tekniske regler (EØS-høringsloven).

Formålet med 98/34-prosedyren er å forhindre handelshindringer som følge av tekniske regler, og innebærer kort fortalt at forslag til nye tekniske regler må meldes inn til Europakommisjonen som videreformidler forslaget til de øvrige medlemsstatene. Det oppstår så en *stillstandsplikt* i tre måneder mens medlemsstatene og Kommisjonen gis anledning til å komme med kommentarer til om forslaget kan skape hindringer i den fri bevegeligheten. For de tilfeller der det ikke blir gitt tilbakemeldinger fra medlemsstatene, står man fritt til å utferdige tekniske regler innenfor EØS-rettens grenser. Dersom det kommer kommentarer til forslaget, skal disse så langt det er mulig tas hensyn til i den videre utarbeidelsen av den nye tekniske regel. Hvis det kommer utførlige uttalelser om at forslaget kan skape hindringer, utvides stillstandsperioden ytterligere og medlemsstaten plikter å gi tilbakemelding om hvordan man akter å følge opp uttalelsen. Dersom medlemsstaten ikke etterlever stillstandsplikten eller lar være å følge opp uttalelsen, blir bestemmelsen uanvendelig. Dessuten kan Kommisjonen kan reise traktatbruddssøksmål mot vedkommende medlemsstat.³⁷

Rettsvirkningene i forhold til brudd på 98/34-prosedyren fremgår ikke av direktivet. Disse rettsvirkningene er utviklet gjennom EFDs praksis knyttet til medlemsstatenes brudd på stillstandsplikten og utelatelse av å følge opp uttalelser. I forhold til mislighold av meldeplikten uttales det i Sml. 1996 s. I-02201, *CIA Security International*, at bestemmelsene skal tolkes slik at ”borgerne kan påberåbe sig dem for en national ret, og at det påhviler denne at *afslå at anvende en national teknisk forskrift, der ikke er blevet meddelt i overensstemmelse med direktivet*” (min utheving).³⁸ I forhold til manglende overholdelse av stillstandsplikten, ble det i Sml. 2000 s. I-07535, *Unilever Italia*, uttalt at ”det påhviler en national ret under behandlingen af en borgerlig sag mellem private vedrørende kontraktretslige rettigheder og forpligtelser at *afslå at anvende en national teknisk forskrift, der er vedtaget i en periode, hvor vedtagelsen er udsat,...*” (min utheving).³⁹ Selv om rettsvirkningene ikke fremgår av direktivet, er de allikevel gjennomført i EØS-høringsloven § 9 som fastslår at reglene blir uanvendelige ved brudd på 98/34-prosedyren.

³⁷ Se nærmere i Ot.prp. nr. 95 (2003-2004) *om lov om europeisk meldeplikt for tekniske regler* kap. 4.3 for en utførlig fremstilling om 98/34-prosedyren.

³⁸ Premiss 55.

³⁹ Premiss 31.

Dette innebærer at ny teknisk regulering fra nasjonalt hold må følge denne prosedyren. Således begrenser dette medlemsstatenes frihet med hensyn til utforming av tekniske regler. Slike regler plikter derfor norske myndigheter å informere om etter 98/34-prosedyren.

98/34-direktivet foreskriver en tilsvarende informasjonsprosedyre for standarder i art. 2 til 7. Disse reglene har man imidlertid ikke valgt å gjennomføre i Norge. I forarbeidene begrunnes dette med at norske standardiseringsorganisasjoner har påtatt seg å ivareta 98/34-direktivets bestemmelser om melding av standarder ved avtale med de europeiske standardiseringsorganisasjonene.⁴⁰ I stedet har man i EØS-høringsloven inntatt en ubenyttet forskriftshjemmel om meldeplikt for standarder i § 14. Norge har således utelatt rettslig gjennomføring av standardiseringsdelen og basert gjennomføringen på faktisk etterlevelse. At Norge har valgt å ikke gjennomføre standardiseringsdelen kan være problematisk. Siden norske standardiseringsorganisasjoner er private rettssubjekter, er de ikke underlagt instruksjonsmyndighet fra norske myndigheter. Derfor er de i utgangspunktet ikke bundet av direktivets bestemmelser, og den norske gjennomføringen avhenger av at avtalene mellom standardiseringsorganisasjonene opprettholdes.⁴¹ Det kan derfor synes tvilsomt om forpliktelsene til korrekt gjennomføring er oppfylt, jfr. EØS art. 3 og 7.⁴² Gjennomføringen kan allikevel bøtes på ved å regulere meldeplikt for standarder i forskrift med hjemmel i EØS-høringsloven § 14 jfr § 15.

I forhold til uanvendelighet spiller det imidlertid liten rolle at informasjonsprosedyren for standarder ikke er gjennomført. Siden det er frivillig for produsentene om de vil benytte standardene, vil ikke uanvendelighet ha noen reelle konsekvenser.

⁴⁰ Ot. prp. nr. 95 (2003-2004) kap. 10.3.

⁴¹ Jfr. Justisdepartementets bemerkninger i Ot. prp. nr. 95 (2003-2004) kap. 10.2.

⁴² EDF har i en rekke saker slått fast at faktisk etterlevelse av direktiver ikke er tilstrekkelig gjennomføring, men at det kreves rettslig gjennomføring. Se f.eks. Sml. 1988 s. 1323, *Kommisjonen mot Italia*, som fastslo at selv om forvaltningspraksis i Italia var i samsvar med direktivets krav, måtte allikevel gyldig gjennomføring skje rettslig.

For byggevareområdet får 98/34-prosedyren betydning ved utformingen av teknisk regelverk. Ved utforming av f.eks. konkrete spesifikasjoner der det ikke finnes harmoniserte standarder, må prosedyren følges. I den grad det utformes tekniske regler som gjennomfører byggevaredirektivet, trenger man ikke å følge prosedyren. Dette følger av 98/34-direktivet art. 10 nr. 1 som fastslår at gjennomføring av bindende fellesskapsrettsakter om tekniske regler, ikke trenger å følge prosedyren. Grunnen er at dette er harmoniserte regler som er tillatt etter byggevaredirektivet.⁴³

⁴³ Se mer om denne begrunnelsen i kap. 2.1.3

3 Gjennomføringen av byggevaredirektivet i norsk rett

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre EUs sekundærlovgivning innenfor omfanget av EØS-avtalen.⁴⁴ Byggevaredirektivet er i all hovedsak blitt gjennomført i Forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk av 22.01.1997 nr. 33 (TEK). Forskriften er gitt med hjemmel i plan- og bygningsloven av 14.06.1985 nr. 77 (plb.) § 77, og gjennomfører byggevaredirektivets bestemmelser med unntak av bestemmelsene om tekniske kontrollorganer. Hva angår tekniske kontrollorganer, blir dette særskilt gjennomført i lov om tekniske kontrollorgan av 16.06.1994 nr. 20.

3.1 Teknisk forskrift (TEK)

Store deler av byggevaredirektivets regulering blir gjennomført i TEK. Forskriften omfatter krav til byggverk og byggevareprodukter. De tekniske kravene er å finne i kap. VII, VIII, IX og X, mens selve gjennomføringen av byggevaredirektivet er foretatt i *TEK kap. V om "Produkter til byggverk"*. Dette kapitlet gjennomfører direktivets regulering av krav til byggevareprodukter og produktdokumentasjon, og omfatter tre av byggevaredirektivets virkemidler – reglene om tekniske spesifikasjoner, attestering av samsvar og reguleringen av CE-merking. Deler av forskriftens formål er å foreta "gjennomføring av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen for krav til byggverk og produkter til byggverk", jfr. TEK § 1-1.⁴⁵ Derfor vil byggevaredirektivets hovedformål om opphevelse av handelshindringer

⁴⁴ Byggevaredirektivet omfattes av EØS-avtalens vedlegg II kap. XXI og er tatt inn i EØS-avtalen gjennom EØS art. 102(1). Etter EØS art. 7 er direktivet bindende for Norge og skal derfor gjøres til en del av Norges rettsorden.

⁴⁵ Jfr. Ot. prp. nr. 25 (1995-1996). Om lov om endringer i plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77. Produkter til byggverk. Tilpasning til EUs rådsdirektiv 89/106 av 22. desember 1988 m.m., kap. 1.2 "Bakgrunn for forslaget".

samt formålet om at byggverk skal oppfylle vesentlige krav, være sentral ved tolkning av de norske bestemmelsene.

Byggevaredirektivets regler om krav til byggevarer representerer ikke noe nytt i forhold til norsk lovgivning. Helt siden det i 1965 ble innført bygningslovgivning i Norge har det blitt ført kontroll med byggevarer. Begrunnelsen for produktdokumentasjon fulgte av at varer som ikke lot seg kontrollere på byggeplassen, skulle ha dokumentasjon som gjorde det mulig å kontrollere varenes kvalitet og egnethet. I dag kan begrunnelsen for produktdokumentasjon også forankres i konkurransehensyn og hensynet til fri flyt av varer. Etter den gamle bestemmelsen skulle det dokumenteres at det var benyttet ”gode materialer som [var] skikket for øyemedet”. Den største forskjellen i forhold til tidligere lovgivning, er at det i dag kreves mer omfattende dokumentasjon enn det ble gjort tidligere. Dessuten var det byggherren, og ikke produsenten, som var ansvarlig for dokumentasjon av produktenes egenskaper.⁴⁶

Bestemmelsene i TEK kap. V er i stor grad en kopi av byggevaredirektivets bestemmelser. Flere av bestemmelsene er en ordrett gjengivelse av de tilsvarende bestemmelsene i byggevaredirektivet. Dessuten blir det i enkelte av de norske bestemmelsene foretatt direkte henvisninger til byggevaredirektivet. Et eksempel på dette er TEK § 5-11 som bestemmer at ”enhver byggevare som omfattes av Byggevaredirektivet [...], skal ha slike egenskaper som [...], medvirker til at byggverk tilfredsstiller de [vesentlige krav]”. Ettersom den norske gjennomføringen er foretatt med ordrette formuleringer samt henvisninger, er den norske reguleringen i utgangspunktet i samsvar med byggevaredirektivet. Dette betyr at det er svært vanskelig å finne handelshindringer i TEK som skyldes feil gjennomføring av direktivet.

Som nevnt skal forskriften medvirke til å oppheve og motvirke tekniske handelshindringer. I § 5-1 siste ledd bestemmes det derfor at byggevarer med dokumenterte egenskaper etter TEK, fritt skal kunne omsettes og brukes. Dette innebærer at alle byggevareprodukter som er godkjente etter en harmonisert standard eller ETA, er sikret markedsadgang. Dette knytter seg videre til formålet om at ferdige byggverk skal oppfylle byggevaredirektivets

⁴⁶ Kilde: <http://www.be.no/beweb/prodfor/produkt/forogno.html> (12.02.07) og Benytt nr. 3/desember 2006 (tidsskriftet til Statens bygningstekniske etat). Se også Ot. prp. nr. 39 (93-94) kap. 1.2.

vesentlige krav. Ettersom det er en betingelse for markedsadgang at produktets vesentlige egenskaper er dokumentert, er man sikret at det kun finnes godkjente produkter i henhold til byggevaredirektivet på markedet. Dette utfylles i § 5-11 som bestemmer at enhver byggevare må ha slike egenskaper som medvirker til at et ferdig byggverk tilfredsstiller de vesentlige kravene.

Ettersom TEK i all hovedsak tilsvarende byggevaredirektivet, vil fremstillingen i kap. 2.1.1 om byggevaredirektivets virkemidler i stor grad være dekkende for behandlingen av regelverket i TEK kap. V. For å fastslå anvendelsesområdet, kan det imidlertid være interessant å se nærmere på hvilke produkter som omfattes av TEK. Dessuten kan det være av interesse å se nærmere på de norske reglene om CE-merking, ettersom dette ennå ikke er gjort obligatorisk i Norge.

Ethvert produkt som skal inngå i byggverk omfattes av forskriften, jfr. TEK § 5-1 første ledd. Dette betyr at alle produkter som skal bygges *permanent inn i et byggverk*, må kunne dokumentere egenskaper etter TEKs regler. Dette gjelder også for elementer som allerede er satt sammen, slik at de utgjør et produkt. For slike elementer gjelder de samme reglene som ferdige produkter. Videre vil også byggesett og byggesystemer som er ment å settes sammen på byggeplassen omfattes av regelverket. Men her er det imidlertid bare de enkelte komponentene som omfattes av regelverket, og ikke det endelig sammensatte byggesystemet. Ett unntak fra byggevarer som omfattes av regelverket, er produkter som *ikke skal markedsføres*. Dette kan være produkter som må spesialbestilles eller spesiallages til bygget, som f.eks. en bæresøyle som entreprenøren selv lager på byggeplassen. Disse produktene trenger ikke dokumentasjon på at de oppfyller de vesentlige krav og forhåndskontroll som følger av direktivet. Disse produktene underkastes imidlertid en egen dokumentasjons- og kontrollprosedyre som en del av den enkelte byggesaks kontroll av prosjektering og utførelse.⁴⁷

⁴⁷ Se nærmere i REN 2003 s. 26 for hva som regnes som et produkt etter TEK § 5-1.

Hva angår CE-merking er dette regulert i TEK § 5-18. CE-merking er ikke gjort obligatorisk for byggevareprodukter i Norge, jfr. ordet ”kan” i § 5-18 nr. 1 første ledd. Dette er for øvrig ikke i strid med direktivet, ettersom direktivet kun pålegger medlemsstatene å respektere at CE-merkede produkter oppfyller direktivets krav. I TEK § 5-18 nr. 1 sjette ledd heter det at ”et CE-merket produkt skal fritt kunne omsettes og brukes uten ytterligere vurdering i henhold til §§ 5-11 t.o.m. 5-13”. Dermed har lovgiver forskriftsfestet at CE-merkede produkter ikke skal rammes av ytterligere nasjonale krav som kan utgjøre handelshindringer på markedet. Til tross for at det ikke er innført obligatorisk CE-merking, må produktene allikevel etter TEK § 5-14 samsvarsattesteres før de kan omsettes. Grunnen til dette er at byggevaredirektivet art. 2 nr. 1 forbyr markedsføring av produkter som ikke tilfredsstiller direktivets krav. Derfor må alle produkter samsvarsattesteres for å sikre at det kun er godkjente produkter på markedet. Denne samsvarsattesteringen foregår på samme måte som for produkter som påføres CE-merket før de kan selges.

Årsaken til at det ikke er innført obligatorisk CE-merking av byggevarer i Norge, er fordi det på mange områder mangler standarder. Siden det ikke foreligger standarder som dekker de fleste produktgrupper, har norsk lovgiver funnet det lite hensiktsmessig å etablere en slik ordning. Men etter hvert som flere harmoniserte standarder kommer på plass, har man i forarbeidene uttalt at obligatorisk CE-merking kommer til å bli innført.⁴⁸ Ettersom CE-merkingen først og fremst er ment som et hjelpemiddel for myndighetene som skal kontrollere at byggevareproduktene oppfyller byggevaredirektivets krav, vil ikke dette gå ut over produsentene. Disse står uansett fritt til å velge om de vil påføre CE-merket på produktene sine, såfremt produktene er godkjent.

I NOU 2003:24 *Mer effektiv bygningslovgivning*, blir et reformbehov av dagens bygningslovgivning vurdert. Her foretas en kort drøftelse av CE-merking i kap. 3.6.1. Det blir også her pekt på at det fortsatt mangler standarder for mange områder, og at man derfor ikke har funnet det hensiktsmessig å innføre

⁴⁸ Jfr. Ot. prp. nr. 25 (1995-1996) kap. 1.2.

obligatorisk CE-merking for byggevarer. I NOU 2005:12 *Mer effektiv bygningslovgivning II* blir spørsmålet om obligatorisk CE-merking ikke berørt. Dette kan tyde på at det fortsatt kan gå lang tid før CE-merking blir gjort obligatorisk for byggevarer i Norge.

3.2 Lov om tekniske kontrollorgan

Et sentralt element for å oppheve tekniske handelshindringer etter ny metode-direktiver, er egne kontrollorganer som skal vurdere om produktene samsvarer med direktivenes produktkrav. Den norske gjennomføringen av byggevaredirektivets bestemmelser om godkjente kontrollorganer, reguleres særskilt i Lov om tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar, av 16.06.1994 nr. 20. Denne loven regulerer oppnevning av, og virksomheten til de kontrollorgan som skal gjennomføre samsvarsvurderinger og sertifiseringer av produkter. Loven gjennomfører således byggevaredirektivets art. 18 om godkjente kontrollorganer.

Et teknisk kontrollorgan skal gjennomføre samsvarsvurderinger. Dette er fastsatt i § 1 annet ledd som en avgjørelse av om et produkt oppfyller de tekniske krav o.a. som er stilt i regler som er gitt til gjennomføring av EØS-avtalen. Organet må dermed følge de prosedyrer som er gitt i byggevaredirektivet for samsvarsattestering av byggevareprodukter. Således blir oppgaven til et teknisk kontrollorgan å vurdere og avgjøre hvorvidt et produkt oppfyller de krav som er stilt i byggevaredirektivet. Dette forutsetter at det for det aktuelle produktet eller produktgruppen finnes tekniske spesifikasjoner i form av harmoniserte standarder eller europeiske tekniske godkjennelser.

Tekniske kontrollorganer utpekes etter § 2 av departementet. Det fremgår av forarbeidene at det er de ulike fagdepartementene som har ansvaret for utpeking av kontrollorganer på sine fagområder, mens selve ordningen administreres av Nærings- og

handelsdepartementet.⁴⁹ På byggevareområdet er det Kommunal- og regionaldepartementet som har ansvaret. Organene må videre akkrediteres av Norsk Akkreditering som hører inn under Nærings- og handelsdepartementet. Dersom organet blir akkreditert, kan det drive samsvarsvurderinger og –sertifiseringer på et angitt begrenset område. Det er i dag ti godkjente kontrollorganer som kan utføre samsvarsattestering på byggevareområdet. Blant disse finner vi Norsk treteknisk institutt, Det Norske Veritas og SINTEF NBL.⁵⁰

Av § 6 fremgår det at ”ei samsvarsvurdering som er gitt av eit teknisk kontrollorgan som er peika ut av ein annan EØS-stat, eller som er utpeika i samsvar med ei avtale om gjensidig godkjenning av samsvarsvurderingar, *har same rettsverknad som ei samsvarsvurdering frå eit teknisk kontrollorgan her i landet*” (min utheving). Dermed gjennomføres byggevaredirektivets bestemmelser om gjensidig anerkjennelse av samsvarsvurderinger foretatt av andre medlemslands kontrollorganer.⁵¹ Dette betyr at en samsvarsvurdering av et produkt utført av et godkjent teknisk kontrollorgan i f.eks. Italia skal godtas i Norge. Dersom en slik samsvarsvurdering ikke blir godtatt i Norge, innebærer dette at Norge har brutt sine forpliktelser etter EØS-avtalen.

Bestemmelsens formål er således å oppheve tekniske handelshindringer i form av dobbeltkontroll av produktene som skal ut på markedet. Dersom en produsent opplever å måtte få godkjent produktet sitt på nytt før det tillates markedsført og solgt på det norske markedet vil dette typisk være en handelshindring som medfører at produsenten får ekstra produksjonskostnader.⁵² Denne bestemmelsen er helt i tråd med alminnelig fellesskapsrett

⁴⁹ Ot. prp. nr. 47 (1993-1994). Om lov om tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar etter EØS-avtalen o.a., kap. 3.7.

⁵⁰ Se <http://www.be.no/beweb/prodfor/produkt/kontrollorgan-utpekte.html> for fullstendig liste over godkjente tekniske kontrollorganer (20.02.07). Kontrollorganene har videre ulike virkeområder. For eksempel utfører SINTEF NBL kontroller innenfor branntekniske områder.

⁵¹ Jfr. byggevaredirektivet art. 16 og 17. Se mer om dette i kap. 2.1.4

⁵² Se f.eks. Sml. 1979 s. 649, *Cassis de Dijon* og Sml. 2001 s. 2795, *Bellamy* som begge bekrefter at EF-domstolen har lagt seg på en linje som forbyr slike dobbelte beskyttelsestiltak som ivaretar det samme hensynet. Se nærmere om forbudet mot dobbeltkontroller i EØS-rett (2004) s. 322.

utviklet gjennom praksis i EF-domstolen, og medfører altså at det vil bli enklere for produsenter i andre medlemsland å få tilgang på det norske markedet.

Bestemmelsen i § 6 får også en side mot fri flyt av tjenester. I forarbeidene til loven presiseres det at lovforslaget innebærer at norske kontrollorganer kan foreta samsvarvurderinger av produkter fra utenlandske produsenter. Og motsatt vil utenlandske kontrollorganer kunne foreta samsvarvurderinger av norske produkter. Dette medfører at alle tekniske kontrollorganer innenfor EØS kan konkurrere på lik linje med hverandre.⁵³

3.3 Fremstillingen videre

Det har til nå blitt redegjort for dagens regulering av byggevareområdet samt regulering av handelshindringer og nasjonale myndigheters handlefrihet på områder som er harmonisert. Dessuten har byggevareområdets grensefelt blitt nærmere vurdert. I fremstillingen videre vil oppgaven konsentrere seg om mulige handelshindringer i norsk lovgivning, og vurderinger av hvorvidt disse kan opprettholdes. Fremstillingen vil for dette henseendet bli delt i to, en del for handelshindringer innenfor norsk lovgivning som gjennomfører byggevaredirektivet (kap. 4), og en del for handelshindringer i andre deler av norsk lovgivning som ikke er harmonisert (kap. 5).

⁵³ Jfr. Ot. prp. nr. 47 (1993-1994) kap. 1.1.

DEL II – MULIGE HANDELSHINDRINGER I NORSK LOVGIVNING

4 Mulige handelshindringer i norsk gjennomføringslovgivning

Som nevnt ovenfor blir byggevaredirektivets materielle innhold, med unntak av reguleringen av tekniske kontrollorganer, gjennomført i TEK. Ettersom byggevaredirektivet regulerer området fullt ut har man i utgangspunktet ikke anledning til å stille verken tilleggskrav eller strengere krav enn det som følger av direktivet.⁵⁴ I TEK kapittel V om produkter til byggverk finnes det imidlertid to bestemmelser som krever at *produkt dokumentasjon skal være på norsk*. Det springer i øynene at krav til norsk dokumentasjon på et harmonisert område kan utgjøre potensielle handelshindringer og bestemmelsene vil derfor bli tatt opp til nærmere vurdering.

4.1 TEK § 5-18 nr. 2 – krav til opplysninger på norsk i CE-merking

Den norske reguleringen som gjennomfører byggevaredirektivets regulering om bruk og utforming av CE-merket finnes i TEK § 5-18.⁵⁵ Bestemmelsen slår blant annet fast hva CE-merket skal dokumentere og at CE-merkede produkter fritt skal kunne omsettes og brukes uten ytterligere vurdering i henhold til produktkrav. I § 5-18 nr. 2 reguleres CE-merkets grafiske utforming samt hvilke opplysninger som skal følge CE-merket. I bestemmelsens siste ledd heter det at ”opplysninger som er nødvendige ut fra et sikkerhetssynspunkt skal være på norsk”. Dette vil innebære at produkter som ikke er merket med norske opplysninger som er nødvendige ut fra et sikkerhetssynspunkt ikke tilfredsstiller kravene til

⁵⁴ Jfr. fremstillingen i 2.1.3.

⁵⁵ Se om CE-merking i 2.1.1.

at produktet kan markedsføres eller omsettes. Spørsmålet er om det finnes hjemmel for dette kravet i byggevaredirektivet. Dersom et slikt krav ikke er hjemlet i direktivet, kan det reises et neste spørsmål om hvorvidt det kan oppstilles et tilsvarende krav i en annen bestemmelse enn TEK § 5-18.

Det første som må klarlegges er hva som ligger i den norske bestemmelsen. Det må finnes ut hvem bestemmelsen skal beskytte og hva som ligger i at opplysningene skal være ”nødvendige”. Ettersom det verken finnes rettspraksis eller forarbeider som knytter seg direkte til denne delen av bestemmelsen, må bestemmelsens innhold klarlegges gjennom en tolkning av bestemmelsens ordlyd samt reelle hensyn.

I forhold til hvem eller hva bestemmelsen tar sikte på å beskytte, kan den antas å beskytte arbeidere som skal bruke produktet. Bestemmelsen kan også tenkes å beskytte personer som senere skal bruke bygningen, eller begge persongruppene. Ut fra det synspunkt at det kun er byggearbeiderne som kommer i direkte kontakt med produktene under arbeidet, er en naturlig tolkning at det er disse som skal gis sikkerhetsmessige opplysninger. Senere brukere av bygget vil i praksis aldri få mulighet til å se disse opplysningene ettersom merkingen fjernes fra emballasjen eller produktet før det monteres inn i byggverket. Dessuten presiseres det i første betraktning i byggevaredirektivets fortale at bygge- og anleggsarbeider ikke skal sette omgivelsenes sikkerhet i fare. Personene som står for dette arbeidet er nettopp byggearbeiderne. Dette taler for at det er byggearbeidere som bestemmelsen er ment å opplyse. På den annen side følger det av TEKs og byggevaredirektivets hovedformål at *det ferdige byggverket* skal oppfylle byggevaredirektivets vesentlige krav.⁵⁶ Begrunnelsen er å sikre en minstestandard for byggverk og dermed beskytte brukerne av byggverket. Dette trekker i retning av TEK § 5-18 nr. 2 også tar sikte på å beskytte sluttbrukerne. Men ettersom disse brukerne aldri kommer til å se merkingen av byggevarene, taler nok de beste grunner for at det er byggearbeiderne som har behov for sikkerhetsmessige opplysninger. Derfor er naturlig å

⁵⁶ Jfr. TEK § 5-11 og byggevaredirektivet art. 2 nr. 1.

anta at det er byggearbeiderne, og ikke sluttbrukerne, som TEK § 5-18 nr. 2 tar sikte på å beskytte.

Dernest må det klarlegges hva som ligger i at opplysningene må være ”nødvendige”. Opplysningene må altså være nødvendige i forhold til byggearbeiderens og omgivelsenes sikkerhet, for at det skal være påkrevd med sikkerhetsmessige opplysninger. Dette kan tenkes å være produkter som setter brukerens liv og helse i fare. Eksempelvis kan dette dreie seg om byggevareprodukter som medfører fare for klem-, eksplosjons- eller brannskader. For slike produkter vil det være nødvendig å opplyse brukeren om faremomentene slik at feil bruk av produktet ikke forårsaker skade på brukeren eller hans omgivelser. Den som skal vurdere nødvendigheten av å påføre et slikt merke må nok være produsenten eller importøren av produktet. Ettersom det er disse som står for påføring av CE-merket vil praktiske hensyn tale for at det er nettopp disse som vurderer hvorvidt det er nødvendig å merke med sikkerhetsmessige opplysninger eller ei.⁵⁷ Oppgaven med å overvåke og sørge for at CE-merket blir korrekt anvendt er uansett lagt til statlige organer, og derfor vil den naturlige arbeidsfordelingen tilsi at det får være markedskontrollens oppgave å eventuelt overprøve denne nødvendighetsvurderingen.⁵⁸ En motsatt løsning der det var offentlige myndigheter som selv stod for nødvendighetsvurdering av hvert enkelt produkt kunne i seg selv utgjort en handelshindring.

Så over til spørsmålet om det finnes hjemmel i byggevaredirektivet for den norske reguleringen i forbindelse med CE-merket. Byggevaredirektivets bestemmelser om bruk og utforming av CE-merket finnes i vedlegg III nr. 4.1 jfr. art. 4 nr. 6 og art. 14 nr. 2. De regulerer uttømmende CE-merkets utforming og dets tilhørende opplysninger i detalj. Bestemmelsene sier imidlertid intet om at medlemsstatene i tillegg skal kunne gis mulighet til å kreve tilleggsopplysninger eller språkkrav i forbindelse med CE-merket. Det finnes altså ingen direkte hjemmel i byggevaredirektivet som det norske kravet i § 5-18 nr. 2 kan

⁵⁷ Jfr. byggevaredirektivet art. 14 nr. 2 som sier at det er produsenten eller hans representant i fellesskapet som skal stå for påføring av CE-merket.

⁵⁸ I Norge er det Statens bygningstekniske etat som fører tilsyn med byggevareprodukter.

forankres i. Videre går det frem av art. 15 nr. 1 at ”medlemsstatene skal sørge for at CE-merket blir riktig brukt”. Dette innebærer at medlemsstatene etter art. 15 nr. 1 plikter å forholde seg til den reguleringen som følger av vedlegg III nr. 4.1. Således trekkes dette langt i retning av at TEK § 5-18 nr. 2 er i strid med direktivets bestemmelser om CE-merkets utforming.

Imidlertid inneholder byggevaredirektivet en generalklausul i art. 2 nr. 4 som gir medlemsstatene rett til å fastsette krav uavhengig av direktivets bestemmelser dersom man finner dette nødvendig ”for å sikre arbeidstakerne vern når de bruker varene”.

Forutsetningen for å fastsette et krav etter denne bestemmelsen er at kravet ikke skal medvirke til at varen endres på en måte som ikke er fastsatt i byggevaredirektivet og at traktatens bestemmelser overholdes. Denne bestemmelsen har en karakter som går igjen i alle ny metode-direktiver,. I Europakommisjonens offisielle veiledning til den nye metode blir det klart slått fast at medlemsstatene står fritt til å vedta supplerende tiltak innenfor traktatens bestemmelser for å beskytte arbeidstakere, forbrukere eller miljø, forutsatt at produktet ikke endres.⁵⁹ Vurderingstemaet blir således et spørsmål om TEK § 5-18 nr. 2 kan forankres i byggevaredirektivet art. 2 nr. 4.

Den norske bestemmelsen oppstiller et generelt krav om at opplysninger som er nødvendige ut fra et sikkerhetssynspunkt skal være på norsk, og at disse skal følge CE-merket. Bestemmelsen rekkes således lenger enn art. 2 nr. 4 som kun tillater medlemsstatene å fastsette krav for å verne arbeidstakerne. Ettersom den norske bestemmelsen går lenger enn hva byggevaredirektivet åpner for, finnes det altså ikke hjemmel i direktivet for å ha en slik bestemmelse. Således kan det slås fast at TEK § 5-18 nr. 2 om utformingen av CE-merket er i strid med byggevaredirektivets bestemmelser om CE-merking,

⁵⁹ Veiledningens kapittel 1.2.

Et annet spørsmål er om kravet i TEK § 5-18 nr. 2 kan opprettholdes i en annen bestemmelse som ikke regulerer CE-merkets utforming. Byggevaredirektivet art. 15 nr. 3 annet punktum gir hjemmel for at byggevarer kan påføres ”enhver annen merking”. Forutsetningen for dette er at merkingen ”ikke gjør CE-merkingen mindre synlig og vanskeligere å lese”. Som nevnt ovenfor, fremgår det av den offisielle veiledningen til den nye metode at medlemsstatene står fritt til å oppstille supplerende tiltak for å beskytte nærmere angitte hensyn, såfremt dette er innenfor traktatens bestemmelser. Et slikt krav ville også kunne finne støtte i byggevaredirektivets fortale der det heter at ”medlemsstatene er ansvarlige for å sikre at bygge- og anleggsarbeider på deres territorium blir planlagt og utført slik at de ikke setter i fare sikkerheten til personer, husdyr og eiendom,”.⁶⁰ Derfor skulle det i utgangspunktet ikke være noe i veien for et slikt krav om sikkerhetsmessig dokumentasjon på norsk dersom dette er innenfor traktatens bestemmelser. Dette betyr at et slikt krav som finnes i TEK § 5-18 nr. 2 må vurderes opp mot de alminnelige reglene om fri flyt av varer slik disse er tolket og utfyllt gjennom EF-domstolens praksis. Spørsmålet blir da om dette er en teknisk handelshindring, og hvis dette er tilfelle, blir det neste spørsmålet hvorvidt kravet kan aksepteres etter den generelle fellesskapsrettens bestemmelser.⁶¹

Det er klart at et krav om at sikkerhetsmessige opplysninger skal være på norsk er et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, jfr. EØS art. 11. Dette følger av formuleringen som EF-domstolen satte opp i Sml. 1974 s. 874, *Dassonville*: ”Enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen som direkte, indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesmarkedet må ansees som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner”.⁶² Det norske kravet vil innebære en viss forskjellsbehandling mellom innenlandske og utenlandske produsenter ettersom det vil være vanskeligere og mer kostbart for utenlandske produsenter å fremskaffe slik

⁶⁰ Fortalens første avsnitt.

⁶¹ Fremgangsmåten for denne vurderingen følger samme strukturen som EFD ofte følger. Se nærmere om dette i EØS-rett (2004) s. 294 – 322 og Steiner (2006) s. 369 flg.

⁶² Se nærmere om innholdet av *Dassonville*-formuleringen i EØS-rett (2004) s. 295 flg.

dokumentasjon på norsk. Videre vil et slikt norsk krav knytte seg til utformingen av selve produktet som et vilkår for markedsadgang. Det er derfor klart at et krav om norsk dokumentasjon vil falle inn under Dassonville-formuleringen. Således utgjør kravet en handelshindring.

Spørsmålet blir da om et slikt krav kan opprettholdes etter unntakene som er oppstilt i EØS art. 13 eller i EF-domstolens praksis. Etter fast praksis i EF-domstolens kan et slikt krav begrunnes i hensynene i EØS art. 13 og andre allmenne hensyn ettersom kravet gjelder likt for norske og importerte byggevareprodukter. I dette tilfellet vil kravet uansett kunne begrunnes ut fra hensynet til ”vernet om menneskers og dyrs liv og helse” i EØS art. 13 ettersom slike opplysninger skal være nødvendige ut fra et sikkerhetssynspunkt.

Forutsetningen for at kravet skal anses berettiget til tross for at det er begrunnet i et lovlig hensyn, er at det ikke må være egnet til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult handelshindring, jfr. EØS art. 13. Begrunnelsen er at lovlige hensyn ikke skal misbrukes til å beskytte egne produkter og dermed forårsake en forskjellsbehandling. Vurderingen av hvorvidt dette er tilfelle må nødvendigvis knyttes opp mot den norske regelens formål. Formålet med regelen er, som nevnt tidligere, å beskytte byggarbeiderne og deres omgivelser. Dette kommer også tydelig frem i bestemmelsens ordlyd ved at det kun er opplysninger som er ”nødvendige ut fra et sikkerhetssynspunkt” som skal påbys merket på norsk. Formålet er altså ikke å beskytte norske byggevareprodusenter, men å ivareta sikkerhetshensyn. Det er derfor nærliggende å anta at formålet med tiltaket ikke er å foreta vilkårlig forskjellsbehandling av norske og utenlandske byggevarer. Av samme grunn kan det også antas at det heller ikke er et formål at tiltaket skal fungere som en skjult handelshindring. (Dette forutsetter selvsagt at man ikke er alt for liberale i hva man ligger i ”sikkerhetssynspunkt” og dermed misbraker bestemmelsen. Kravet må således kun ramme produkter der slike opplysninger er påkrevet for å beskytte menneskers liv og helse.)

Videre må kravet etter EF-domstolens praksis være nødvendig for å ivareta hensynet til menneskers liv og helse. Dette innebærer for det første at kravet må være egnet til å

beskytte menneskers liv og helse. For det andre innebærer nødvendighetsvilkåret at det må være proporsjonalitet mellom kravet og målet man skal oppnå.⁶³

I forhold til hvorvidt kravet er egnet til å ivareta formålet, kan dette omformuleres til et spørsmål om kravet er tilstrekkelig egnet. Det er klart at kravet er egnet til å ivareta hensynet til menneskers liv og helse så lenge brukeren av produktet er norsk. Men hva med byggearbeidere som ikke er norske statsborgere? Disse må en formode at ikke forstår norsk. Det er på det rene at det i dag er mange østeuropeiske byggearbeidere som er tilknyttet byggeprosjekter i Norge. For disse vil ikke det norske opplysningskravet være egnet til å ivareta formålet. For å ivareta dette formålet kunne en tenke seg en mer egnet løsning der sikkerhetsopplysningene fremkom på flere språk. Dette ville imidlertid vært en vanskelig og fordyrende oppgave å gjennomføre, og praktiske hensyn taler derfor mot denne løsningen. Dessuten må en kunne legge til grunn at utenlandske byggearbeidere er underlagt norske entreprenører som har ansvar for arbeidernes og byggeplassens sikkerhet. Man kan derfor forvente at entreprenørene har en instruksjonsplikt overfor fremmedspråklige arbeidere hva angår særlige faremomenter forbundet med bruk enkelte byggevareprodukter. Av den grunn kan det antas at et krav om norske opplysninger på produktet om sikkerhetsmessige aspekter er en tilstrekkelig egnet beskyttelsesmåte for å verne hensynet til menneskers liv og helse.

Paradoksalt nok oppstår dette spørsmålet som en konsekvens av EØS-samarbeidet på andre områder. Grunnen til at svært mange østeuropeere er tilknyttet bygge- og anleggsbransjen, er nettopp på grunn av EØS-avtalens regler om fri flyt av tjenester, jfr. EØS art. 2 litra c. Og på grunn av dette, oppstår derfor spørsmålet om et slikt språkkrav er en tilstrekkelig egnet måte å ivareta sikkerhetshensyn på.

Det neste som må vurderes er hvorvidt et slikt tiltak er proporsjonalt i forhold til målet som skal oppnås. Dette er et spørsmål som har to sider. *For det første* er det et spørsmål om man legger seg på et beskyttelsesnivå som er for høyt. Dette innebærer en avveining av hensynet

⁶³ Nødvendighetsvurderingen følger samme fremgangsmåte som skissert i EØS-rett (2004) s. 319-322. Denne strukturen bygger på samme fremgangsmåte som EFD har utviklet og ofte benytter.

mot tekniske handelshindringer i forhold til hensynet til vern om menneskers liv og helse. Her må nok hensynet til handelshindringer og de utenlandske produsentene allikevel vike for hensynet til å ha en slik norsk bestemmelse. Begrunnelsen for dette er at en slik bestemmelse skal ivareta et meget viktig hensyn, nemlig vernet om menneskers liv og helse jfr. art. 13. *For det andre* består proporsjonalitetsvurderingen av et spørsmål om målet om å beskytte menneskers liv og helse kan oppnås med mindre inngripende midler. Man må således vurdere hvilke alternativer man kan benytte seg av for å nå det samme målet. I foreliggende tilfelle er det vanskelig å tenke seg alternative løsninger for å opplyse brukeren på en hensiktsmessig måte om nødvendige sikkerhetsopplysninger. Man kan for eksempel tenke seg å kreve opplysninger på engelsk eller fransk som er mer internasjonale språk. En slik løsning ville vært enklere og mindre kostnadskrevende for utenlandske produsenter å forholde seg til enn den norske bestemmelsen. Men ettersom det er meget viktig å nå frem til brukeren med opplysninger om sikkerhet for å unngå for eksempel personskader er det nok mest hensiktsmessig å kreve at disse opplysningene skal være på norsk. Opplysninger på andre språk kan lett skape misforståelser som igjen kan forårsake farlige situasjoner grunnet feil bruk av produktet. Ettersom hensynet vil være vanskelig å ivareta på mindre inngripende måter må man således kunne slå fast at det foreligger proporsjonalitet mellom et krav om norske sikkerhetsopplysninger og målet om å ivareta hensynet til menneskers liv og helse. Etter denne vurderingen skulle derfor Norske myndigheter stå fritt til å fastsette et slikt krav i TEK uten at det er en handelshindring.

For å oppsummere vil ikke dagens bestemmelse i TEK § 5-18 nr. 2 om CE-merkets utforming stå seg i forhold til byggevaredirektivet. Derimot vil nok en likelydende bestemmelse stå seg dersom den ikke plasseres slik at den fremstår som et av kravene til CE-merkets utforming, men i stedet plasseres slik at den regulerer annen merking.

4.2 Språkkrav i TEK vedr. samsvarsvurderinger

Den norske reguleringen av samsvarsvurderinger og –erklæringer finnes i TEK § 5-14. Bestemmelsen gjennomfører byggevaredirektivets bestemmelser om utøvelsen av

samsvarsvurderinger og samsvarserklæringer. I TEK § 5-14 siste ledd bestemmes det at ”dokumentasjon og korrespondanse som vedrører prosedyren for samsvarsvurderingen skal være på norsk eller et annet skandinavisk språk”. Denne informasjonen skal gjøre det mulig for brukerne og markedskontrollørene å vurdere om produktet er egnet til sitt formål. Dessuten skal informasjonen bidra til å kunne vurdere selve samsvarsprosedyren. Bestemmelsens formål er altså å forenkle arbeidet for de som skal foreta disse vurderingene. Videre har bestemmelsen som formål å forhindre språklige misforståelser. Som tidligere nevnt kan et slikt språkkrav utgjøre en potensiell handelshindring, og det er derfor grunn til å vurdere bestemmelsen nærmere.

I motsetning til hva som var tilfelle for TEK § 5-18 nr. 2, inneholder byggevaredirektivet i dette tilfellet hjemmel for å oppstille et slikt krav vedrørende språk. Byggevaredirektivets bestemmelser om samsvarsvurderingene reguleres i vedlegg III nr. 4.4 jfr. art. 14 nr. 1. Her fremgår det at ”sertifikatet for og erklæringen om samsvar skal utferdiges på det eller de offisielle språk i medlemsstaten der varen skal brukes”. Produsentene får altså etter TEK § 5-14 en viss valgfrihet med hensyn til hvilket språk de kan utstede samsvarsvurderingen på. Dette betyr ikke bare at det norske kravet er i overensstemmelse med byggevaredirektivet, men at det norske kravet faktisk er mindre strengt enn direktivets regulering. TEK § 5-14 kan derfor fullt ut aksepteres i forhold til byggevaredirektivets totalregulering.

5 Mulige handelshindringer i norsk lovgivning som ikke er harmonisert

I kap. 4 ble det gått gjennom potensielle handelshindringer i de deler av norsk lovgivning som gjennomfører byggevaredirektivet. Det har vist seg å være vanskelig å identifisere handelshindringer i denne delen av lovgivningen. Grunnen er at TEK i all hovedsak er en tilnærmet ordrett gjengivelse av byggevaredirektivet. Dessuten blir det enkelte steder i TEK benyttet henvisning direkte til byggevaredirektivet og dets vedlegg. Således blir det vanskelig å finne bestemmelser i TEK som strider mot byggevaredirektivet. Denne delen av fremstillingen konsentrerer seg om andre deler av norsk lovgivning som ligger utenfor TEK. Dette vil fortsatt dreie seg om samme oppgave, nemlig å identifisere potensielle handelshindringer og vurdere deres berettigelse. Men ettersom fokus nå flyttes over på områder som ikke er harmonisert vil vurderingene direkte knyttes opp mot den alminnelige fellesskapsretten, og ikke direktivet som sådan.

5.1 Den norske stat som byggherre i lys av EØS-avtalens forpliktelser

Jeg velger å reise en hypotetisk problemstilling i dette avsnittet. Spørsmålet her kommer til å dreie seg om hvorvidt valg av materialer i utbyggingsprosjekter kan utgjøre en teknisk handelshindring. Man kan tenke seg en situasjon der det i anbudsinnsbydelsen fremheves at det vil bli lagt vesentlig vekt på anbudsbeskrivelser som i størst mulig grad benytter seg av *norske materialer*. Dette temaet må avgrenses mot tilfeller der det er private byggherrer da det uten videre er klart at disse står fritt i sitt valg av materialbruk, og at deres valg følgelig ikke kan forårsake en teknisk handelshindring. Men hvordan stiller dette seg i byggeprosjekter der den norske stat er byggherre? Kan den norske stat som byggherre for et prosjekt offentlig kreve eller prioritere bruk av norske materialer? Dette er en situasjon som lett kan tenkes å oppstå i byggeplanlegging av store prestisjeprosjekter som f.eks. den norske opera eller flyplasser der bygget stolt skal vises frem som et norsk monument.

Spørsmålet blir altså om slike krav fra det offentlige kan utgjøre handelshindringer og hvordan dette stiller seg i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Problemstillingen får også en side til offentlige anskaffelser, som reguleres gjennom anskaffelsesdirektivet.⁶⁴ Direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov om offentlige anskaffelser 16. juli 1999 nr. 69 (anskl.) med tilhørende forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 42 (anskfo.) og forskrift om innkjøpsreglene for forsyningssektorene 7. april 2006 nr. 403.

I forhold til spørsmålet om den norske stat som byggherre lovlig kan kreve en utstrakt bruk av norske materialer, må det først tas stilling til om slike krav fra nasjonale myndigheters side kan utgjøre handelshindringer. At ikke bare nasjonal lovregulering, men også andre offentlige handlinger kan utgjøre handelshindringer, finnes det en rekke eksempler på i EF-domstolens praksis. Det mest nærliggende eksemplet er Sml. 1993 s. I-3353, *Storebælt*. Her ble danske myndigheters krav om at det skulle benyttes mest mulig danskprodusert materiale i byggingen av Storebæltbroen ansett som en ulovlig handelshindring.⁶⁵ Spørsmålet i *Storebælt* ble løst etter EFT art. 28 – 30 og dagjeldende anskaffelsesdirektiv. Anvendt på situasjonen med norske myndigheters krav til utstrakt bruk av norske materialer, vil dette kunne utgjøre en handelshindring med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner. Grunnen til dette er at et slikt krav vil favorisere norske byggevareprodukter fremfor utenlandske, og dermed hindre samhandelen innenfor fellesskapet.

Det neste spørsmålet vil så bli om et slikt krav kan la seg begrunne i unntaksbestemmelsene. I *Storebælt* der det kort ble slått fast at en slik klausul i anbudsinnbydelsen klart var uforenlig EFT art. 30 samt de forpliktelsene som fulgte av

⁶⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.

⁶⁵ Jfr. f.eks. Sml. 1982 s. 4005, *Buy Irish* og Sml. 1983 s. 4083, *Apple and Pear Development* som begge fastslår at andre offentlige handlinger enn lovregulering kan utgjøre ulovlige handelshindringer.

dagjeldende anskaffelsesdirektiv.⁶⁶ Grunnen til dette er kravet innebærer en direkte diskriminering av utenlandske produkter, og således må begrunnes i EFT art. 30/EØS art. 13. Av de hensyn som er opplistet i EØS art. 13 er det ingen hensyn som situasjonen kan subsummeres under. Derfor vil et krav om fremtredende bruk av norske byggevareprodukter i et påtenkt byggeprosjekt i statlig regi være en ulovlig handelshindring i forhold til EØS-avtalen.

Et annet spørsmål er hvordan dette stiller seg i forhold til *konkrete spesifikasjoner av kontraktsgjenstanden* som den norske stat, i egenskap av byggherre og realdebitor, angir i anbudsinnbydelsen. Sett at man i et nasjonalt praktverk spesifikt ønsker seg f.eks. de norske steinartene groruditt eller larvikitt. Spørsmålet blir da om dette kravet utgjør en ulovlig handelshindring.

Et krav fra den norske stat som indirekte utelukker bruk av utenlandske produkter i et byggeprosjekt vil kunne utgjøre en handelshindring, jfr. EØS art. 11. Dette faller imidlertid inn også under det harmoniserte regelverket om offentlige anskaffelser. Regelverket skal ivareta bl.a. hensyn til ikke-diskriminering, objektivitet og saklighet, og supplerer således EØS-avtalen på dette området. Bestemmelsene om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse når nasjonale myndigheter og offentligrettslige organer går til anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider.⁶⁷ I forhold til spesifikke krav fra byggherren, er formålet med regelverket å hindre at andre produkter som oppfyller byggherrens krav til ytelsen ekskluderes. Anskfo. § 8-3 regulerer adgangen til å angi tekniske spesifikasjoner i anbudsinnbydelsen. Hvis den offentlige oppdragsgiver i anbudsinnbydelsen f.eks. spesifiserer at man ønsker Trioving låssystemer, vil dette i utgangspunktet være i strid med § 8-3. Grunnen til dette er at andre leverandører av låssystemer dermed utelukkes. Videre vil nøyaktige spesifiseringer av produktets egenskaper, som medfører at kun en produsent

⁶⁶ Premiss 23 og 45.

⁶⁷ Se anskl. § 2, jf. § 3.

klarer å levere produktet, være forbudt. Dette kan dreie seg om så nøyaktige spesifikasjoner i anbudsinnsbydelsen, slik at andre leverandører enn f.eks. Trioving i realiteten utelukkes.⁶⁸

Det er klart at et konkret krav til at det skal benyttes f.eks. groruditt i byggets fasade vil utelukke bruk av andre produkter. Imidlertid åpnes det i bestemmelsens fjerde ledd for at det kan gis en slik konkret angivelse dersom ”kontraktens gjenstand berettiger det”. For å benytte seg av denne unntaksbestemmelsen vil det ha avgjørende betydning om oppdragsgivers behov kan oppfylles ved bruk av andre materialer.⁶⁹ Hvis behovet ikke lar seg oppfylle med andre materialer, vil det heller ikke innebære lovstridig forskjellsbehandling av andre produkter. Dersom det ligger estetiske hensyn til grunn for et materialønsket, vil oppdragsgivers behov vanskelig kunne oppfylles uten å gi en konkret angivelse av materialene. Dette gjelder til tross for at det kan være snakk om materialer som kun finnes naturlig i Norge. Hvis det forhold at steinarten er norsk i seg selv ligger til grunn for spesifiseringen av kravet, vil det derimot stille seg annerledes. Et spesifikt krav til materialer som hviler på rene nasjonalitetshensyn, vil være i strid med det harmoniserte regelverket. Det ville innebære en vilkårlig forskjellsbehandling, som strider mot det harmoniserte regelverkets formål samt de grunnleggende hensyn om ikke-diskriminering som EØS-avtalen bygger på.

Selv om en konkret angivelse ikke er berettiget ut fra kontraktens gjenstand, kan det være anledning til å angi slike spesifikasjoner såfremt det ikke er mulig å gi en funksjonell beskrivelse av ønsket materiale. Oppdragsgiver må da tilføye uttrykket ”eller tilsvarende”. Dersom det skulle finnes andre produkter som tilfredsstiller oppdragsgivers krav, må disse godtas, jfr. § 8-3 fjerde ledd, siste punktum.

⁶⁸ Dette var saksforholdet i KOFA 2006/43. Klagenemnda for offentlige anskaffelser kom til at spesifikasjonen var i strid med § 8-3.

⁶⁹ Jfr. Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave* s. 501.

5.2 Kulturminneloven som teknisk handelshindring i forhold til byggevarer

Vedlikehold og drift av byggverk som er fredet reguleres i lov av 09. juni 1978 nr. 50 om kulturminner (kulturminneloven). Her reguleres blant annet bruk av materialer ved vedlikehold av fredede byggverk. Temaet for kapitlet vil dreie seg om hvorvidt kulturminnelovens bestemmelser som berører byggevareprodukter kan utgjøre ulovlige handelshindringer.

I kulturminneloven § 15 fjerde ledd om fredning heter det at ”dersom det i fredningsvedtaket ikke er gitt nærmere regler om fredningens innhold, må ingen rive, flytte, påbygge, endre, forandre materialer eller farger eller foreta andre endringer som går lenger enn vanlig vedlikehold”. Bestemmelsen forbyr nærmere angitte endringer av fredede byggverk ut over hva som kan anses som vanlig vedlikehold. For vedlikehold som går lenger enn dette er det et vilkår at det er gitt tillatelse fra vedkommende myndighet.⁷⁰ Dersom slik tillatelse ikke er gitt, eller dersom man foretar endringer i strid med tillatelsen, vil dette være en overtredelse av kulturminneloven som medfører straff etter § 27. Regelen kan etter sin ordlyd tilsynelatende fremstå som en mulig teknisk handelshindring i forhold til bruk av byggevarer. Dersom dette er tilfelle må det videre vurderes om § 15 allikevel kan opprettholdes med begrunnelse i unntaksreglene. Uansett må det først klarlegges hva som ligger i § 15 for å finne ut om bestemmelsen kan defineres som en handelshindring.

Bestemmelsen vil ramme alle byggverk som er fredet. Dette kan tenkes å være f.eks. gamle laftede tømmerhus, stavkirker og andre bygninger av historisk betydning. Bestemmelsens formål er å sikre at det ikke blir foretatt store endringer i byggverk m.v. som medfører at de endres fra deres opprinnelige utforming, og således verne om kulturminner som en del av samfunnshistoriens kulturarv. Dette skal etter lovens § 1 om lovens formål inngå som et ledd i ”en helhetlig miljø- og ressursforvaltning”. I EØS-rettslig sammenheng vil det være av interesse å finne ut av hvilke endringer som kan sies å gå lenger enn ”vanlig vedlikehold”. Av forarbeidene til § 15 fremgår det at ”vanlig vedlikehold” er ment å

⁷⁰ ”Vedkommende myndighet” er etter § 15a Miljøverndepartementet v/fylkeskommunen.

omfatte reparasjoner og vedlikehold av eksisterende bygningselementer og detaljer som dører, vinduer, listverk, gerikter og overflatebehandling. Dette kan for eksempel dreie seg om maling/beising, tetting av lekkasjer og utskifting av knuste vindusruter. Videre blir det fremhevet at slikt vedlikehold skal skje i samsvar med opprinnelig eller eksisterende teknikk, utførelse og materialbruk.⁷¹ Dette skulle bety at det i utgangspunktet kun er norske materialer som kan benyttes i vedlikeholdsarbeider for at det skal være i samsvar med ”vanlig vedlikehold”, ettersom de fleste fredede byggverk naturlig nok er bygget med norske materialer. Således vil det for eksempel ikke være i henhold til kulturminneloven å benytte seg av estlandsk laftetømmer i et fredet tømmerhus. Videre kan det være å gå lenger enn ”vanlig vedlikehold” å sette inn vindusruter eller dører som er produsert i f.eks. Tyskland.⁷²

Så over til spørsmålet om bestemmelsen i kulturminneloven § 15 fjerde ledd kan sies å utgjøre en handelshindring. Som nevnt ovenfor vil bestemmelsen være egnet til å forskjellsbehandle norske og utenlandske byggevarer i den grad de skal benyttes i byggverk som er fredet. Dette fordi det ligger i fredningsvedtakets natur at bygninger som fredes er svært gamle. Av den grunn vil tilnærmet alle bygninger som fredes opprinnelig være bygget med norske materialer. Så lenge ”vanlig vedlikehold” etter § 15 skal skje i samsvar med opprinnelig eller eksisterende materialbruk, vil dette derfor utelukke bruk av utenlandske byggevarer. Disse varene vil derfor havne i en ugunstig posisjon i forhold til norske varer. Dermed vil en slik bestemmelse som kulturminneloven § 15 falle inn under den såkalte *Dassonville*-formuleringen ettersom bestemmelsen potensielt er egnet til å hindre samhandelen innenfor fellesskapet.⁷³ Det kan etter dette slås fast at

⁷¹ Ot.prp.nr.50 (1998-1999). Om lov om endringer i lov av 9 juni 1978 nr 50 om kulturminner, kap. 6.

⁷² I Forskrift 06. mai 2004 om fredning av forsvarsanlegg m.v. som er gitt med hjemmel i kulturminneloven § 15 blir det i ”III Formålet med fredningen” gitt som eksempel at ”detaljering som fasadeløsning, eldre dører og vinduer, overflater og ev. dekor skal bevares”. Videre fremgår det av ”III Fredningsbestemmelser” at utskifting av slike bygningselementer eller materialer er forbudt.

⁷³ Se nærmere om *Dassonville* i kap. 4.1.

kulturminneloven § 15 fjerde ledd representerer et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner, jfr. EØS art. 11.

Derneft blir det et spørsmål om kulturminneloven § 15 står seg i forhold til EØS-avtalen til tross for at bestemmelsen utgjør en handelshindring. Ettersom bestemmelsen, slik som den fremstår, i utgangspunktet behandler norske og utenlandske byggevarer likt, kan den forsøkes begrunnet hensynene i EØS art. 13 så vel som i andre allmenne hensyn. Dette fordi bestemmelsen ikke foretar en direkte forskjellsbehandling av utenlandske produkter.⁷⁴ Det kan imidlertid være vanskelig å begrunne kulturminneloven § 15 i EØS art. 13, ettersom unntakshjemmelen som i dette tilfellet er aktuell er ”hensynet til [.....], nasjonale skatter av kunstnerisk, historisk eller arkeologisk verdi....”. Denne unntakshjemmelen har aldri vært benyttet i EF-domstolens praksis, og det er derfor vanskelig å vurdere hvorvidt den er egnet for det foreliggende tilfelle. Dessuten har det blitt antydning i EF-rettslig teori at denne unntakshjemmelen er ment å være en sikkerhetsventil overfor nasjonale tiltak som skal hindre at nasjonale skatter blir eksportert ut av landet.⁷⁵ Det vil derfor være lite holdepunkter for å benytte seg av EØS art. 13 for å begrunne kulturminneloven § 15 fjerde ledd. Av den grunn vil det være mer hensiktsmessig å begrunne den norske bestemmelsen i et annet allment hensyn, som det her er adgang til jfr. ovenfor.

Det kan tenkes at bestemmelsen kan forsøkes begrunnet i *hensynet til vern om norsk kulturarv*. Grunnen til dette, er at ønsket om at det kun skal benyttes materialer som er i samsvar med opprinnelige materialer, er forankret i hensynet til å beholde nasjonale kulturverdier i en mest mulig identisk stand. Dette er et svært viktig hensyn å ivareta ettersom norske kulturminner ville blitt gradvis forandret, og kanskje utradert, dersom det skulle tillates å benytte uoriginale byggevarer under vedlikehold. Dette fordi fysiske kulturminner som f.eks. byggverk representerer ikke-fornybare ressurser, og således blir

⁷⁴ EF-domstolen har i flere saker slått fast at bare tiltak som indirekte foretar en forskjellsbehandling mellom nasjonale og utenlandske produkter kan begrunnes i andre hensyn enn EFT art. 30/EØS art. 13. Se f.eks. Sml. 2000 s. I-151, *Sass* (premiss 32)

⁷⁵ Se f.eks. Steiner (2006) s. 403 og Oliver (1982) s. 221-224.

det viktig å forvalte disse i et ikke-fornybart perspektiv.⁷⁶ Dessuten fremgår også hensynet til vern om norsk kulturarv av kulturminneloven § 1 som fremhever at ”kulturminner [...] skal vernes både som del av vår kulturarv og identitet og som ledd i en helhetlig miljø- og ressursforvaltning”. Videre underbygges viktigheten av dette hensynet ytterligere ved at lovgiver har straffesanksjonert brudd på kulturminneloven i § 27. Dette skulle dermed forsvare at *vernet om norsk kulturarv* er et legitimt hensyn å begrunne kulturminneloven § 15 fjerde ledd i.

Videre må det godtgjøres at hensynet til vernet om norsk kulturarv ikke er en konstruert begrunnelse for en skjult handelshindring eller vilkårlig forskjellsbehandling, jfr. EØS art 13 siste punktum. Hvorvidt dette er tilfelle kan en finne ut av ved å se hen til formålet til kulturminneloven § 15 fjerde ledd. Som allerede nevnt, er formålet å bevare ethvert fredet bygg i mest mulig original stand på grunn av hensynet til den norske kulturarven. Dessuten vil bestemmelsen neppe kunne sies å utgjøre en omfattende handelshindring ettersom det her er tale om en forsvinnende liten del av markedets byggevarer som bestemmelsen vil ramme.⁷⁷ Derfor vil regelen i kulturminneloven § 15 heller ikke være særlig egnet som en proteksjonistisk handelshindring. Hva angår vilkårlig forskjellsbehandling, vil det riktignok medføre en viss forskjellsbehandling i forhold til utenlandske produsenter og leverandører av byggevarer til disse byggverkene. Men siden formålet går så klart frem av lovtekst, forarbeider og reelle hensyn, kan begrunnelsen for regelen neppe være å forskjellsbehandle norske byggevareprodusenter til fordel for utenlandske.⁷⁸ På grunn av dette kan en derfor anta at regelen i § 15 ikke er ment å ha et proteksjonistisk formål.

⁷⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1998-1999) kap. 4.1.3.

⁷⁷ I Norge finnes det i underkant av 6000 fredete bygninger. Dette utgjør ca. 0,11 prosent av landets totale bygningsbestand. (Kilde: http://www.miljostatus.no/templates/themepage_2377.aspx - 25.03.07)

⁷⁸ Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling vil nok i dette tilfellet få en bredere og prinsipielt interessant side mot tjenesteyterne som skal utføre arbeidet, men det vil føre for langt avsted å ta opp dette i en oppgave om tekniske handelshindringer på vareområdet.

Videre må det vurderes hvorvidt bestemmelsen er *nødvendig* for å verne om hensynet til norsk kulturarv i vedlikeholdsprosjekter av byggverk som er fredet. Denne vurderingen består etter fast praksis fra EF-domstolen i to elementer. For det første må det avgjøres om tiltaket er *egnet* til å ivareta formålet, og videre må tiltaket være *proporsjonalt* med målet om å verne om norsk kulturarv.

Den norske bestemmelsen utelukker altså bruk av utenlandske materialer i vedlikeholds- og restaureringsprosjekter av bygg som er fredet. Dette må kunne sies å være et egnet tiltak for å bevare fredede byggverk i mest mulig original stand og derav verne om den norske kulturarven. Dernest må det vurderes om tiltaket er proporsjonalt med dets formål. Dette kan deles inn i to nye spørsmål. For det første er det et spørsmål om graden av beskyttelsesnivå som norsk lovgiver har lagt seg på. Dette innebærer en aveining mellom hensynet mot handelshindringer på den ene side, og målet om å beskytte norsk kulturarv på den annen side. Det er klart at hensynet mot handelshindringer veier tungt. Dette følger av EØS-avtalens formål om fri bevegelse av varer. Men som allerede nevnt, vil ikke dette hensynet i like stor grad gjøre seg gjeldende i dette tilfellet. Dette følger av at antall byggverk som er fredet utgjør en svært liten andel av byggevarssektoren. Således vil handelshindringen kun ramme en liten del av den totale handel med byggevarer, og tiltaket vil derfor i liten grad virke handelshindrende overfor byggevarer i sin alminnelighet. På den annen side har man ønsket om å beholde fredede byggverk mest mulig lik sin opprinnelige utforming. Dette er en del av hele formålet om å bevare norsk kulturarv i størst mulig grad, og det er derfor et tungtveiende hensyn da en har å gjøre med kulturminner som representerer ikke-fornybare ressurser. Derfor må en i dette tilfellet kunne anta at sistnevnte hensyn veier opp for hensynet mot handelshindring.

Dette bringer oss over i neste del av proporsjonalitetsvurderingen som dreier seg om formålet kan ivaretas ved mindre inngripende midler enn man gjør i dag. Fordi byggverk som er fredet nettopp utgjør ressurser som ikke er fornybare, er det av stor viktighet at de blir vernet i høyest mulig grad. Bare hensynet for et høyest mulig vern taler alene for at det gis et stort handlingsrom for bruk av inngripende midler. Videre kan en stille seg spørsmål

om konsekvensen av å ivareta hensynet til norsk kulturarv på en mindre inngripende måte. Dersom det fra norsk hold skulle tillates å benytte seg av for eksempel estlandsk tømmer i vedlikeholdet av et fredet norsk tømmerhus, ville man fjerne mye av grunnlaget for fredningen av huset. Selv om estlandsk laftetømmer var av like god kvalitet (samme tretetthet m.v.), ville dette innebære at man endret opprinnelig materialvalg og byggeskikk. Man kunne nok hevde at dette ikke ville hatt utseendemessig betydning. Men siden målet med fredning nettopp er å ivareta kulturarv og historie, herunder gammel byggeskikk og den tids valg av materialer, ville dette stått i direkte strid med fredningens formål. Det ville derfor fremstått som lite konsekvent å tillate bruk av materialer som ikke samsvarer med det opprinnelige materialvalg ved restaurerings- og vedlikeholdsarbeid på fredete bygninger. Siden det vanskelig kan tenkes å ivareta et så viktig hensyn på mindre inngripende måter, kan det derfor antas at kulturminneloven § 15 fjerde ledd er proporsjonal med målet om vern av norsk kulturarv.

Etter dette kan det med stor grad av sikkerhet antas at kulturminnelovens § 15 fjerde ledd legitimt kan begrunnes i hensynet til vernet av norsk kulturarv. Dette skulle derfor tilsi at bestemmelsen, slik den fremstår i dag, ikke representerer et brudd på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

DEL III – AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

6 Optimalisering av byggesektoren

I innledningskapitlet ble det antydnet at aktørene i byggevarebransjen til stadighet opplever handelshindringer på området. Vi har allerede sett at de harmoniserte deler av norsk lovgivning som gjennomfører byggevaredirektivet, er tilnærmet fritt for handelshindringer. Det kan således virke merkelig at aktørene møter på handelshindringer som vanskeliggjør og fordyrer arbeidet på dette området. Jeg skal i denne avsluttende delen av oppgaven se nærmere på hvorfor det er slik, hva som ikke fungerer og hva som kan gjøres annerledes.

6.1 Problemer på byggesektoren som ikke skyldes tekniske handelshindringer

Mange av hindringene som norske aktører opplever på byggesektoren, kan skyldes *andre forhold* enn tekniske handelshindringer på det harmoniserte området. Dette kan f.eks. gjelde formelle saksbehandlingsregler og prosedyrer for godkjenning av byggverk m.m. Nasjonale bestemmelser som dette faller utenfor byggevaredirektivets harmonisering. Dette regelverket står altså hver enkelt medlemsstat selv fritt til å bestemme innenfor de begrensninger som følger av EØS-avtalen.⁷⁹

Videre kan slike hindringer være av mer praktisk enn rettslig art. I de senere år har det vært flere tilfeller av byggesaker med manglende produktdokumentasjon. Dette har dreid seg om prefabrikerte elementer (som er satt sammen til ett byggevareprodukt), laftesett,

⁷⁹ Jfr. kap. 2.1

våtromsmoduler og volummoduler (moduler som eksempelvis utgjør en hel innflyttingsklar leilighet). Dette er saker som Statens byggtekniske etat har grepet inn i på grunn av manglende dokumentasjon, eller som følge av at produktene ikke har tilfredsstillende kvalitetskravene.⁸⁰ Slike saker er underlagt ansvarsrett, der det er den som har ansvaret for å utføre byggeprosjektet som skal sørge for dokumentasjon av at byggverket oppfyller kravene. I følge Statens bygningstekniske etat, kan det virke som om det er en utbredt misforståelse fra byggebransjens side at man kan se bort fra produktdokumentasjon etter TEK kap. V når byggeprosjektet er underlagt ansvarsrett⁸¹. Man er altså i den tro at man slipper å dokumentere hvert enkelt produkt, så lenge man skal dokumentere hele byggverket til slutt.⁸² Dermed bryter entreprenøren det bygningstekniske regelverket, og således oppstår situasjonen at enkelte av produktene ikke oppfyller dokumentasjonskravet. Denne situasjonen kan nok i praksis oppleves som en handelshindring. Allikevel er ikke dette en teknisk handelshindring i EØS-rettslig sammenheng, men en praktisk hindring som oppstår som en konsekvens av feil forståelse av et regelverk som faktisk er i samsvar med byggevareredirektivet.

Et annet eksempel er hindringene som totalentreprenøren Skanska Norge AS møtte på i forbindelse med byggingen av Pilestredet Park.⁸³ Problemene knyttet seg til prefabrikerte baderomskabiner (ferdige baderom som er klare til å monteres inn i bygget), og gjensidig godkjenning av et finsk kontrollorgan. Baderomskabiner er et byggevareprodukt, jfr. art. 1,

⁸⁰ Kilde: Benytt nr. 3/desember 2006 (<http://www.be.no/beweb/Info/benytt/20063/varer.html> - 10.03.07) og mailutveksling med Else-Karin Øvernes 27.02.07 (rådgiver i Kommunal- og regionaldepartementets bolig- og bygningavdeling).

⁸¹ Med ansvarsrett menes at man er godkjent av kommunen som ansvarlig for byggeprosjektet, og at man har påtatt seg å ivareta de krav som gjelder for tiltaket etter reglene i plan- og bygningslovgivningen. Videre innebærer ansvarsrett at man er adressat for pålegg og andre sanksjoner gitt av bygningsmyndigheten jfr. forskrift 22. januar 1997 nr. 35 om godkjenning av foretak for ansvarsrett § 3 nr. 5.

⁸² Benytt nr. 3 / desember 2006

⁸³ De faktiske forhold bygger på Arne Linjas (prosjektsjef i Skanska) presentasjon under Statens bygningstekniske etats EØS-seminar om produktdokumentasjon 27.09.06. (<http://www.be.no/beweb/prodfor/produkt/EØS-INFO/Seminar/Arne%20Linja.pdf> - 17.04.07)

og skal således være godkjent før det markedsføres eller brukes. Produktet var imidlertid ikke omfattet av tekniske spesifikasjoner. Dette medførte at produktet ble fremstilt etter finske nasjonale krav for produktet og deretter underkastet kontroll av det finske kontrollorganet VTT.⁸⁴ VTTs sertifikat ble imidlertid ikke godtatt i Norge med den begrunnelse at produktet ikke var kontrollert etter et norsk prøveprogram for prefabrikerte våtrom utarbeidet av NBI⁸⁵. Skanska Norge AS mener at dette strid mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

Ettersom produktet ikke er omfattet av harmoniserte tekniske spesifikasjoner, får ikke lov om tekniske kontrollorgan § 6 anvendelse. Grunnen til dette, er at loven regulerer gjensidig anerkjennelse av samsvarsvurderinger i forhold til om produkter tilfredsstiller harmoniserte tekniske krav, jfr. § 1 annet ledd. For produkter som mangler tekniske spesifikasjoner, bestemmer byggevaredirektivet art. 16 at importstaten i utgangspunktet plikter å anerkjenne eksportstatens kontroll. Dette begrenses imidlertid ved at importstaten kan kreve at kontrollen må være utført i henhold til importstatens nasjonale metoder, eller etter metoder som er anerkjent likeverdige med disse, jfr. art. 16. Siden Norge krevde at de finske prefabrikerte baderomskabinene skulle kontrolleres etter det norske systemet, er dette i samsvar med art. 16. Således har Norge antagelig ikke brutt forpliktelsene om gjensidig godkjenning etter byggevaredirektivets regulering.

Jeg vet for lite om de finske kontrollene til at dette kan slås fast. I situasjoner der importstaten krever godkjenning etter importstatens gjeldende metoder eller metoder som er likeverdige med disse, krever dette en nøye vurdering. Som nevnt i kap. 2.1.4, plikter importstaten i disse tilfelle å ta tilbørlig hensyn til allerede utførte kontroller, jfr. bl.a. *Harpegnies*. Dette betyr at dersom importstaten kommer til at kontrollene de ønsker utført allerede er utført i eksportstaten, må dette tas i betraktning. Men dersom importstaten kommer til at eksportstatens kontroller ikke er dekkende for hva man ønsker kontrollert, står

⁸⁴ VTT er et godkjent kontrollorgan i forhold til samsvarsvurderinger etter byggevaredirektivet. (Tilsvarende Norsk byggforskningsinstitutt i Norge). Se http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/nando/index.cfm?fuseaction=country.notifiedbody&country_id=246 for fullstendig liste over finske godkjente kontrollorganer.

⁸⁵ Norsk byggforskningsinstitutt.

man i utgangspunktet fritt til å kreve at produktet underkastes nye kontroller. I eksempelet vedrørende Skanska Norge AS vet jeg imidlertid for lite om de finske kontrollene, til at jeg kan vurdere om de tilsvarer de norske kontrollmetodene. Dette vil være relevant i forhold til om Norge har adgang til kreve nye kontroller.

Eksempelene ovenfor viser at hindringer som byggebransjen møter på kan skyldes andre forhold som ikke er et brudd på Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Videre kan byggebransjens hindringer skyldes at man ofte befinner seg på områder som ikke er harmonisert. Dette er forhold som ikke nødvendigvis er i strid med EØS-avtalen. Disse problemene skal vi se nærmere på i kap. 6.2.

6.2 En mer effektiv harmonisering?

Grunnen til at byggebransjens aktører møter på handelshindringer i praksis, skyldes at byggevaredirektivet kun harmoniserer nasjonale regelverk vedrørende *byggevarer* som sådan. Direktivet harmoniserer medlemsstatenes krav til produktene for at de skal tillates markedsført, jfr. art. 2 nr. 1 som slår fast at byggevarer ”bare kan markedsføres” dersom de tilfredsstiller direktivets vesentlige krav. Dette innebærer at dersom et byggevareprodukt skal kunne omsettes, må det kunne dokumenteres at produktet innehar slike egenskaper at ferdigstilte byggverk vil oppfylle direktivets vesentlige krav. Byggevaredirektivet harmoniserer altså ikke medlemsstatenes bygningslovgivning. Således står den enkelte medlemsstat fritt til å kunne stille egne krav til ytelsesverdier m.v. i forhold til byggverkene, forutsatt at disse kravene oppfyller direktivets seks vesentlige krav til byggverk. Dette betyr at så lenge ikke hele byggesektoren er harmonisert, vil man møte på hindringer i utførelsen av byggarbeider.

En løsning på dette problemet kunne vært å foreta totalharmonisering av medlemsstatenes bygningslovgivninger. Med en slik harmonisering ville samtlige medlemslands krav til ytelsesverdier m.v. være identiske. Dette ville medført en betydelig optimalisering av byggevareområdet. Blant annet ville byggeprosjekter blitt enklere og mindre kostnadskrevende for entreprenører, ettersom kravene hadde vært like i samtlige

medlemsland. Videre ville en slik løsning representert betydelige kostnadskutt for produsentene som ville fått et enda enklere regelverk å produsere produktene sine etter. Resultatet av dette vært en betydelig fjerning av handelshindringer på en omfattende sektor.

Slik har man imidlertid ikke valgt å løse problemet med handelshindringer på byggesektoren. Grunnen til dette er av hensyn til blant annet nasjonale forskjeller i *klima og geografi*. Ved å harmonisere de nasjonale bygningslovgivningene ville dette resultert i like krav til bygg i f.eks. Norge og Spania. I forhold til sikkerhetshensyn ville dette medført at man måtte tatt de mest ekstreme klimaer i betraktning ved utferdigelse av minimumskrav til byggverk. En konsekvens av dette ville vært at det i mange land hadde blitt stilt krav til byggverk som var mye strengere enn hva som var nødvendig. For å ta hensyn til for eksempel snøfall, ville det i sør-europeiske land blitt stilt mye strengere krav til bærende konstruksjoner enn hva som var nødvendig. Videre ville Nord-Europas kalde vinterklima medført at det ble stilt isolasjonskrav som hadde vært særdeles strenge i forhold til isolasjonsbehovet i Sør-Europa. Slike tekniske løsninger ville resultert i materialvalg og byggeprosesser som var meget kostnadskrevende. Dessuten kunne dette i flere tilfeller ført til at man benyttet seg av teknisk uegnede løsninger i forhold til klimaet på det stedet man utførte byggeprosjektet.

Man kan derfor lett se at en harmonisering av hele byggesektoren ville ført til lite rasjonelle løsninger. Selv om man hadde oppnådd å bygge ned et stort antall handelshindringer på et økonomisk omfattende område, er det ikke sikkert at en slik totalharmonisering ville medført et samlet økonomisk gunstig resultat. En slik totalharmonisering hadde medført at totalkostnadene for byggverk hadde vært omtrent tilsvarende blant samtlige medlemsland. Ettersom det er de klimatiske yttergrensene som hadde satt standarden for minstekrav, ville et bygg i Norden eksempelvis blitt forholdsmessig rimeligere enn et bygg i Sør-Europa. Dette fordi et bygg i f.eks. Portugal hadde blitt uforholdsmessig dyrt i forhold til hvilke krav som var nødvendig å stille, mens et tilsvarende bygg i Norge ville hatt en pris som tilsvarte de tekniske løsninger som hadde vært påkrevd. En slik løsning ville derfor kunne virket handelshindrende i seg selv, ettersom mange byggherrer hadde pådratt seg unødvendig

høye kostnader i forbindelse med byggeprosjektene. Dessuten ville følgene av en slik løsning vært i strid med flere av hovedformålene som fremgår i EFT art. 2. Blant annet ville løsningen stride mot målene om å fremme bærekraftig utvikling av økonomisk virksomhet, en bærekraftig og ikke-inflasjonsdrivende vekst samt målet om å fremme økonomisk og sosial utjevning mellom medlemsstatene.

At selve bygningslovgivningen ikke er harmonisert, vil for Norges del betyr at ethvert krav innenfor byggesektoren som potensielt kan utgjøre en handelshindring i forhold til ytelsesverdier o.l., må vurderes etter den alminnelige fellesskapsretten. Dette innebærer at Norges krav må kunne begrunnes i unntaksreglene. I Norge vil det naturlig nok stilles strenge krav til ytelsesverdier på grunn av klimaet, som videre kan begrunnes i blant annet sikkerhetshensyn. Slike krav vil derfor i de fleste tilfeller kunne begrunnes i EØS art. 13 som rettmessige.⁸⁶ Dette vil således innebære at mange av de påståtte hindringer som byggebransjen opplever, ikke er ulovlige i forhold til EØS-retten.

Det gir seg selv at norske krav til ytelsesverdier i forhold til f.eks. bæreevne og isolasjon ofte vil kunne begrunnes i unntaksbestemmelsene. Annerledes vil dette stille seg for krav på byggeområder som ikke berøres av Norges spesielle klima og geografi. Dette kan f.eks. dreie seg om nasjonale ytelseskrav til våtrom. Hvilke krav som skal stilles for at slike rom skal kunne motstå vannlekkasjer, bør ikke være vesentlig forskjellig blant medlemslandene. I disse tilfellene er det ikke ute videre gitt at nasjonale krav lar seg begrunne i unntaksbestemmelsene. Hvorvidt slike krav er lovlige etter EØS-avtalen vil bero på nødvendighetsvurderingen.

Som det fremgår ovenfor, kan man se at totalharmonisering av hele byggesektoren kunne ført til mange uheldige resultater. Dette er altså grunnen til at man ikke har valgt å foreta en totalharmonisering av hele byggesektoren, til tross for at manglende harmonisering medfører handelshindringer. Så lenge det kun er medlemsstatenes produktkrav som vilkår for omsetning som harmoniseres, vil fortsatt mange aktører i bransjen oppleve

⁸⁶ Se mer om de konkrete vurderingene etter unntaksbestemmelsene i EØS art. 13 og allmenne hensyn i kap. 4.1 og 5.2.

handelshindringer. Således kan dette forklare en stor del av hindringene som norske aktører i byggebransjen møter på.

7 Kildeliste

Lover

Lov 09. juni 1978 nr. 50. Lov om kulturminner (kulturminneloven).

Lov 14. juni 1985 nr. 77. Plan- og bygningslov (plb.)

Lov 16. juni 1994 nr. 20. Lov om tekniske tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar.

Lov 16. juli 1999 nr. 69. Lov om offentlige anskaffelser (anskl.)

Lov 17. desember 2004 nr. 101. Lov om europeisk meldeplikt for tekniske regler (EØS-høringsloven).

Forskrifter

Forskrift 22. januar 1997 nr. 33 om krav til byggverk og produkter til byggverk (TEK).

Forskrift 22. januar 1997 nr. 35 om godkjenning av foretak for ansvarsrett (GOF).

Forskrift 06. mai 2004 nr. 718 om fredning av bygninger og anlegg i Landsverneplan for Forsvaret.

Forskrift 7. april 2006 nr. 42 om offentlige anskaffelser (anskfo.)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) Om lov om endringer i Plan- og bygningsloven.

Ot. prp. nr. 47 (1993-1994) Om lov om tekniske kontrollorgan som har til oppgave å gjennomføre samsvarsvurderingar etter EØS-avtalen o.a.

Ot.prp. nr. 25 (1995-1996)	Om lov om endringer i plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77. Produkter til byggverk. Tilpasning til EUs rådsdirektiv 89/106 av 22. desember 1988 m.m.
Ot.prp. nr. 50 (1998-1999)	Om lov om endringer i lov av 9. juni 1978 nr 50 om kulturminner.
Ot.prp. nr. 95 (2003-2004)	Om lov om europeisk meldeplikt for tekniske regler (EØS-høringsloven).
NOU 2003:24	Mer effektiv bygningslovgivning.
NOU 2005:12	Mer effektiv bygningslovgivning II.

Internasjonale avtaler og konvensjoner

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto, 2. mai 1992.
EF-traktaten	Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap (med senere endringer), Roma, 25. mars 1957 (EFT)

Direktiver

Rådsdirektiv 73/23/EØF	Rådsdirektiv av 19. februar 1973 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om elektrisk utstyr bestemt til bruk innenfor visse spenningsgrenser (lavspenningsdirektivet).
Rådsdirektiv 89/106/EØF	Rådsdirektiv av 21. desember 1988 om tilnærming av medlemsstatenes lover og forskrifter om byggevarer (byggevaredirektivet)
Rådsdirektiv 93/68/EØF	Rådsdirektiv av 22. juli 1993 om endring av bl.a. direktiv 89/106/EØF.
Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/16/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/16/EF av 29. juni 1995 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om heiser (heisdirektivet).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/34/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 22. juni 1998 om en informasjonsprosedyre for standarder og tekniske forskrifter.
Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av offentlige vareinnkjøpskontrakter, offentlige tjenesteytelseskontrakter og offentlige bygge- og anleggskontrakter.

Veiledninger, standarder, m.v.

REN 2003	Statens bygningstekniske etat, <i>Veiledning til teknisk forskrift til plan- og bygningsloven 1997</i> , 3. utg. Oslo, 2003
Melding HO-3/2006	Statens bygningstekniske etat, <i>Produktdokumentasjon temaveiledning</i> . (http://www.be.no/beweb/regler/meldinger/063produkter/produkter.html - 02.03.07)
CE-merking i henhold til byggevaredirektivet 89/106/EØF	Standard Norge, 2005. Veiledning til CE-merking etter byggevaredirektivet. (http://www.standard.no/pronorm3/data/f/0/09/04/1_2401_0/CEmerking_2005-02-11.pdf – 01.02.07)
CONSTRUCT 89/019	European Commision – <i>Guide to the implementation of directives based on the New Approach and the Global Approach</i> , Bruxelles, september 1999 (http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/legislation/guide/document/1999_1282_en.pdf)
Veiledning til forskrift om godkjenning av foretak for ansvarsrett	Statens bygningstekniske etat. Oslo, 2003. (http://www.be.no/beweb/regler/veil/gofveil03/00gofveilinnh.html – 29.03.07)
NS-EN 186-2:1992	Keramiske fliser. Våtpressede keramiske fliser med en vannabsorbasjon på 3%<Eó6% (Gruppe Alla).

Rettspraksis

Sml. 1977 s. 1555	<i>Carlo Tedeschi mot Denkavit Commerciale Srl. (Tedeschi)</i> , Sak 5/77.
-------------------	--

Sml. 1974 s. 874	<i>Procureur du Roi mot Benoit og Gustave Dassonville (Dassonville)</i> , Sak 8/74.
Sml. 1979 s. 649	<i>Rewe-Zentral mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)</i> , Sak 120/78.
Sml. 1982 s. 4005	<i>Kommisjonen mot Irland (Buy Irish)</i> , Sak 249/81.
Sml. 1983 s. 4083	<i>Apple and Pear Development mot Lewis m.fl. (Apple and Pear Development)</i> , Sak 222/82.
Sml. 1993 s. I-3353	<i>Kommisjonen mot Danmark (Storebælt)</i> , Sak C-243/89.
Sml. 1996 s. I-3159	<i>Straffesak mot Jacqueline Brandsma (Brandsma)</i> , Sak C-293/94.
Sml. 1996 s. I-02201	<i>CIA Security International SA mot Signalson SA og Securitel SPRL (CIA Security International)</i> , Sak C-194/94.
Sml. 1996 s. I-3457	<i>Bristol Myers Squibb m.fl. mot Paranova (Bristol Myers)</i> , Forente saker C-427/93, C-429/93 og C-436/93.
Sml. 1998 s. I-5121	<i>Straffesak mot Jean Harpegnies (Harpegnies)</i> , Sak C-400/96.
Sml. 2000 s. I-151	<i>Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mot TK-Heimdienst Sass (Sass)</i> , Sak C-254/98.
Sml. 2000 s. I-07535	<i>Unilever Italia SpA mot Central Food SpA (Unilever Italia)</i> , Sak C-443/98.
Sml. 2001 s. 2795	<i>Straffesak mot Bellamy m.fl. (Bellamy)</i> , Sak C-123/00.
Sml. 2005 s. I-9665	<i>Kommisjonen mot Portugal</i> , Sak C-244/04.

Andre avgjørelser

KOFA-2006-43	Klagenemnda for offentlige anskaffers avgjørelse av 22.01.07. <i>Klager: Møller Undall AS. Innklaget: Helse Øst RHF v/ Nye Ahus.</i>
--------------	--

Litteratur

- Amdal (1995) Amdal, Gro og Inger Roll-Matthiesen, *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Kommentartutgave*. 2. utg. Oslo, 2004.
- Barnard (2004) Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU. The four freedoms*. 1. utg. Oxford, 2004.
- Borgestrand (2006) Borgestrand, Geir-Arne, *Grenseoverskridende byggetjenester. Norske regler om kvalifikasjoner og utførelse i EØS-perspektiv*. Masteroppgave (60 sp) ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 2006 (publisert i IUSEF nr. 49)
- EØS-rett (1995) EØS-rett. Fredrik Sejersted [et al.]. Oslo, 1995
- EØS-rett (2004) EØS-rett. Fredrik Sejersted [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004
- Hagstrøm (2003) Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003
- Oliver (1982) Oliver, Peter, *Free movement of goods in the European Community*. 3. utg. London, 1996
- Plan- og bygningsrett (2000) Plan- og bygningsrett. Odd Jarl Pedersen [et al.]. Oslo, 2000
- Steiner (2006) Steiner, Josephine, Lorna Woods and Christian Twigg-Flesner, *EU Law*. 9. utg. Oxford, 2006
- Trygstad (2006) Trygstad, Kristian Dahle, *Tildeling av offentlige kontrakter. Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. 1. utg. Oslo, 2006

Artikler i Benytt (Statens bygningstekniske etats tidsskrift)

- Benytt nr. 5/november 1995 Terje Maagerø, *Hvor blir det av dette CE-merket for byggevarer?*
(<http://www.be.no/beweb/info/benytt/955/ce.html> - 04.03.07)

- Benytt nr. 4/desember 1997 Anne Mette Bjerknes, *Løfteinnretninger og nytt regelverk* (<http://www.be.no/beweb/Info/benytt/974/loefteinnretninger.html> - 04.03.07)
- Benytt nr. 4/desember 1997 Terje Maagerø, *Utpeking av tekniske kontrollorganer* (<http://www.be.no/beweb/info/benytt/974/kontrollorganer.html> - 04.03.07)
- Benytt nr. 1/april 1999 Anne Mette Bjerknes, *Hvordan skal dokumentasjonen inn i byggesak og kontrollplan?* (<http://www.be.no/beweb/Info/benytt/991/produkteramb.html> - 04.03.07)
- Benytt nr. 1/april 1999 Finn N. Bangsund, *Bygningsmyndighetenes tilsyn med byggeprodukter.* (<http://www.be.no/beweb/info/benytt/991/produkterfmb.html> - 04.03.07)
- Benytt nr. 2/september 1999 Anne Mette Bjerknes, *Produktdokumentasjon – hva så?* (<http://www.be.no/beweb/info/benytt/992/produkter.html> - 10.03.07)
- Benytt nr. 3/desember 2006 Marit Langen, *Byggevarer og andre produkter skal ha særskilt dokumentasjon* (<http://www.be.no/beweb/Info/benytt/20063/varer.html> - 10.03.07)

Internettssider

- www.standard.no Standard Norge. Informasjon om standardisering og CE-merking.
- www.be.no Statens bygningstekniske etat. Informasjon om TEK, byggevaredirektivet, norsk gjennomføring, produktdokumentasjon, m.m.
- www.treteknisk.no Norsk treteknisk institutt. Informasjon om CE-merking, standardisering, kontrollordninger, m.m.
- www.ebst.dk Erhvervs- og Byggestyrelsen i Danmark. Generell informasjon om byggevaredirektivet.
- www.cenorm.be CEN. Informasjon om standardisering.

www.sintef.no/nbl

Norges branntekniske kompetansesenter. Informasjon om samsvarsattestering.

<http://www.miljostatus.no>

Miljøstatus i Norge. Nettside utviklet av miljødirektoratene på oppdrag av Miljøverndepartementet. Informasjon om fredning, byggeskikk, materialbruk, m.v.

www.ssb.no

Statistisk sentralbyrå. Tall for å belyse byggesektorens størrelse i Norge.

<http://ec.europa.eu/enterprise/construction>

Kommisjonens hjemmesider. Informasjon om byggesektoren, byggevaredirektivet, tekniske spesifikasjoner, m.m.

<http://ec.europa.eu/enterprise/construction/internal/intdoc/common/enintro.htm>

Kommisjonens nettsider. Informasjon om basisdokumentene.

